

# Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität  
zu München

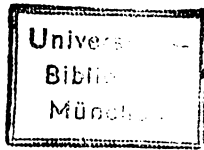
vorgelegt von

JOHANNES HAGER

MÜNCHEN 1983

9088 683 \* 6

Referent: Professor Dr. Canaris  
Korreferent: Professor Dr. Fikentscher  
Tag der mündlichen Prüfung: 10. Dezember 1981



Die Arbeit erscheint gleichzeitig als Band 54 in der Reihe der  
„Münchener Universitätsschriften“  
© 1983 C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck), München  
Satz und Druck: C. H. Beck'sche Buchdruckerei, Nördlingen

Meiner Mutter und dem Andenken meines Vaters





## Vorwort

Die Arbeit hat im Wintersemester 1981/82 der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation vorgelegen. Sie wurde im Oktober 1981 abgeschlossen; Rechtsprechung und Literatur sind bis Ende 1981, vereinzelt auch darüber hinaus nachgetragen.

Mein Dank gilt vor allem Herrn Professor Dr. Claus-Wilhelm Canaris, der diese Arbeit angeregt und betreut hat. Er hat mich in jeder Hinsicht wohlwollend gefördert. Ich danke auch Frau Antonie Friedl, Frau Erika Fuchs und Frau Christine Plail-Fuchs, die die Reinschrift des Manuskripts besorgt haben.

Den Herausgebern der Münchner Universitätsschriften danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe der Juristischen Fakultät, der Ludwig-Maximilians-Universität München für den gewährten Druckkostenzuschuß.

München, im Oktober 1982

Johannes Hager



## Inhaltsübersicht

<i>1. Kapitel: Einleitung und Abgrenzung der Themenstellung</i> . . . . .	1
§ 1 Die verfassungskonforme Auslegung von Normen als Ausgangspunkt . . . . .	1
§ 2 Die möglichen Bedeutungen einer „gesetzes- und sittenkonformen Auslegung und Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts“. . . . .	2
§ 3 Modellbeispiele und Prüfungsmaßstab . . . . .	7
<i>2. Kapitel: Verfassungskonforme Auslegung und gesetzes-/sittenkonforme Auslegung als Parallelen?</i> . . . . .	9
§ 4 Die Legitimation der verfassungskonformen Auslegung als Vorbild der Rechtfertigung gesetzeskonformer Auslegung? . . . . .	9
§ 5 Gesetzeskonforme Auslegung als interpretatorisches Prinzip . . . . .	25
<i>3. Kapitel: Der dogmatische Ansatzpunkt der gesetzeskonformen Auslegung, insbesondere in der Judikatur des BGH.</i> . . . .	31
§ 6 Gesetzeskonforme Auslegung als Resultat der Auslegung des Rechtsgeschäfts . . . .	31
§ 7 Gesetzeskonforme Auslegung als Ergebnis „institutioneller Schranken“, insbesondere des Rechtsmißbrauchseinwandes . . . . .	59
§ 8 Gesetzeskonforme Auslegung als Folge der Teilnichtigkeitsklärung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot. . . . .	63
§ 9 Gesetzeskonforme Auslegung als Folge der Teilnichtigkeitsklärung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten . . . . .	87
§ 10 Gesetzeskonforme Auslegung als Resultat der Anwendung des § 139 BGB . . . . .	107
§ 11 Gesetzeskonforme Auslegung als Ergebnis der Umdeutung gemäß § 140 BGB . . . .	115
<i>4. Kapitel: Die Notwendigkeit einer einheitlichen Lösung</i> . . . . .	125
§ 12 Lösungsvorschläge in der Literatur . . . . .	125
§ 13 Die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts als Resultat des Parteiwillens und des zwingenden Rechts . . . . .	132
§ 14 Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot bzw. die guten Sitten. . . . .	145
§ 15 Die Umdeutung . . . . .	154
§ 16 Die ergänzende Auslegung . . . . .	158
§ 17 Die institutionellen Schranken . . . . .	164
<i>5. Kapitel: Prinzipien der gesetzes- und sittenkonformen Auslegung</i> . . . . .	169
§ 18 Der Zweck des Gesetzes . . . . .	169
§ 19 Die Rolle des Parteiwillens . . . . .	187
§ 20 Die richterliche Gestaltungsmacht, insbesondere das Problem des iustum pretium .	197
<i>6. Kapitel: Zusammenfassung</i> . . . . .	219
<i>Literaturverzeichnis</i> . . . . .	221
<i>Sachregister</i> . . . . .	233



## Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel: Einleitung und Abgrenzung der Themenstellung . . . . .	1
§ 1 Die verfassungskonforme Auslegung von Normen als Ausgangspunkt . . . . .	1
§ 2 Die möglichen Bedeutungen einer „gesetzes- und sittenkonformen Auslegung und Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts“ . . . . .	2
I. Auslegung anhand des gesetzlichen Musters . . . . .	3
II. Dispositives Recht als Mindestinhalt . . . . .	3
III. Nichtigkeitsvermeidende Auslegung . . . . .	4
§ 3 Modellbeispiele und Prüfungsmaßstab . . . . .	7
2. Kapitel: Verfassungskonforme Auslegung und gesetzes-/sittenkonforme Auslegung als Parallelen? . . . . .	9
§ 4 Die Legitimation der verfassungskonformen Auslegung als Vorbild der Rechtfertigung gesetzeskonformer Auslegung? . . . . .	9
I. Vermutung der Gültigkeit eines Gesetzes . . . . .	10
II. Umfang des Prüfungsgegenstandes . . . . .	15
III. Verbot grundgesetzwidriger Rechtsfindung . . . . .	15
IV. Autorität des Gesetzgebers . . . . .	17
V. Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers . . . . .	19
VI. Lückenvermeidung . . . . .	21
§ 5 Gesetzeskonforme Auslegung als interpretatorisches Prinzip . . . . .	25
I. Die Funktion der Verfassung bei der Interpretation von Normen . . . . .	25
II. Die Funktion des zwingenden Rechts bei der Interpretation von Rechtsgeschäften . . . . .	28
3. Kapitel: Der dogmatische Ansatzpunkt der gesetzeskonformen Auslegung, insbesondere in der Judikatur des BGH . . . . .	31
§ 6 Gesetzeskonforme Auslegung als Resultat der Auslegung des Rechtsgeschäfts . . . . .	31
I. Gesetzeskonforme Auslegung als Ergebnis erläuternder Auslegung . . . . .	31
1. Letztwillige Verfügungen . . . . .	32
2. Schuldrechtliche Verträge . . . . .	33
a) Beispiele . . . . .	33
b) Dogmatische Fundierung und Grenzen . . . . .	35
c) Verbot gesetzwidriger ergänzender Auslegung . . . . .	35
3. Sachenrechtliche Verträge . . . . .	36
a) Konkurrenz zwischen Geld- und Warenkreditgebern bei der Vorauszession . . . . .	36
b) Beschränkung der Zession auf kongruente Deckung . . . . .	42
c) Beschränkung der Übereignung bei Verarbeitungsvorbehalt . . . . .	42
d) Bestimmbarkeit der Vorauszession . . . . .	42
4. Insbesondere: Die Grundsätze des AGBG . . . . .	43
a) Überraschende Klauseln . . . . .	43
b) Restriktive Auslegung . . . . .	46
c) Unklarheitenregel . . . . .	51
d) Beschränkung des Unterwerfungswillens? . . . . .	52
e) Salvatorische Klauseln . . . . .	53

II. Gesetzeskonforme Auslegung als Ergebnis ergänzender Auslegung . . . . .	53
1. Genehmigungsbedürftige Geschäfte . . . . .	54
a) Erhaltung durch ergänzende Auslegung . . . . .	54
b) Einfluß der Versagung der Genehmigung . . . . .	55
2. Sonstige Fälle . . . . .	56
3. AGB . . . . .	57
a) Rechtsprechung . . . . .	57
b) Literatur . . . . .	58
§ 7 Gesetzeskonforme Auslegung als Ergebnis „institutioneller Schranken“, insbesondere des Rechtsmißbrauchseinwandes . . . . .	59
I. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung . . . . .	59
1. AGB . . . . .	59
2. Sonstige Fälle . . . . .	60
3. Hauptpflicht . . . . .	61
II. Ausdrückliche gesetzliche Normierungen . . . . .	61
1. Beispiele . . . . .	61
2. Richterliches Moderationsrecht . . . . .	62
§ 8 Gesetzeskonforme Auslegung als Folge der Teilnichtigkeitsklärung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot . . . . .	63
I. Teilnichtigkeit einzelner Klauseln? . . . . .	63
1. Der Streit bei AGB . . . . .	63
a) Totalnichtigkeit . . . . .	63
b) Teilnichtigkeit . . . . .	64
c) Differenzierende Lösungen . . . . .	65
d) Praxis der Rechtsprechung . . . . .	68
e) Die „Politik des Gesetzes“ . . . . .	70
2. Individuell vereinbarte Klauseln . . . . .	75
a) §§ 476, 540, 637 BGB . . . . .	76
b) § 276 Abs. 2 BGB . . . . .	76
c) §§ 4 Abs. 2 AbzG, 74 Abs. 2 HGB . . . . .	76
II. Schicksal des Rechtsgeschäfts als Ganzem . . . . .	78
1. Ausdrückliche Regelungen . . . . .	78
a) § 6 Abs. 1 AGBG . . . . .	78
b) §§ 19 Abs. 2, 22 Abs. 5 GWB . . . . .	79
2. Schutzcharakter der Norm bei Nebenabreden . . . . .	79
a) Schutz des Partners . . . . .	79
b) Schutz anderer Rechtsgüter . . . . .	80
3. Schutzcharakter der Norm bei Hauptpflichten . . . . .	80
a) Lohnfortzahlung . . . . .	80
b) Versicherungstarife . . . . .	81
c) Höchstpreisvorschriften . . . . .	81
d) „Gespaltenes Schuldverhältnis“ . . . . .	83
4. Richtung des Verbotsgesetzes . . . . .	84
5. Kenntnis der Beteiligten . . . . .	86
6. Aufhebung des Verbotsgesetzes . . . . .	86
§ 9 Gesetzeskonforme Auslegung als Folge der Teilnichtigkeitsklärung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten . . . . .	87
I. Teilnichtigkeit einzelner Klauseln? . . . . .	87
II. Schicksal des Rechtsgeschäfts als Ganzem . . . . .	88
1. Grundsatz der Totalnichtigkeit . . . . .	88
2. Ausnahmen bei Nebenabreden . . . . .	89
a) AGB . . . . .	89
b) Individualabreden . . . . .	90

3. Ausnahmen bei Hauptpflichten . . . . .	90
4. Das Mätressentestament . . . . .	91
III. Insbesondere: Der Wucher . . . . .	94
1. Kreditwucher . . . . .	94
a) Grundsatz der Totalnichtigkeit . . . . .	94
b) Schutzzweck des Wucherverbots . . . . .	96
c) Die Funktion des § 817 Satz 2 BGB nach h. M. . . . .	96
d) Die Untauglichkeit des § 817 Satz 2 BGB, den Schutz des Darlehensnehmers zu gewährleisten . . . . .	97
2. Mietwucher . . . . .	101
a) Verstoß gegen Verbotsgesetze . . . . .	101
b) Verstoß gegen § 138 Abs. BGB . . . . .	102
c) Die Funktion des § 139 BGB in diesen Fällen . . . . .	102
3. Lohnwucher . . . . .	103
4. Art. 30 EGBGB . . . . .	103
IV. Insbesondere: Überlange Bindungszeiträume . . . . .	104
1. Nichtigkeitsvermeidende Auslegung . . . . .	104
2. Teilnichtigkeitsklärung . . . . .	104
3. Die Funktion des § 139 BGB in diesen Fällen . . . . .	106
§ 10 Gesetzeskonforme Auslegung als Resultat der Anwendung des § 139 BGB . . . . .	107
I. Die beschränkte Funktion des § 139 BGB . . . . .	107
1. Fallgruppen, in denen der Parteiwille irrelevant bleibt . . . . .	107
a) Verstoß gegen Verbotsgesetze . . . . .	107
b) Verstoß gegen § 138 Abs. 2 BGB . . . . .	108
2. Die Reduktion der Vertragsdauer bei Verstoß gegen § 1822 Nr. 5 BGB . . . . .	108
a) Nichtigkeitsvermeidende Auslegung . . . . .	108
b) Zerlegung des Bindungszeitraums . . . . .	108
II. „Umkehrung“ des § 139 BGB . . . . .	110
1. Vereinssatzung . . . . .	110
2. Einseitig begünstigende und irrelevante Klauseln . . . . .	110
3. Kenntnis der Parteien . . . . .	111
III. Der hypothetische Wille . . . . .	112
1. Ergebnis einer Wertung . . . . .	112
2. Bedeutung der Äquivalenz . . . . .	113
3. Funktion salvatorischer Klauseln . . . . .	114
§ 11 Gesetzeskonforme Auslegung als Ergebnis der Umdeutung gemäß § 140 BGB . . . . .	115
I. Geltungserhaltende Funktion des § 140 BGB . . . . .	115
1. Parallele Argumentation bei Auslegung und § 140 BGB . . . . .	116
2. Identität der Ergebnisse . . . . .	118
3. Insbesondere: Einseitige Rechtsgeschäfte . . . . .	120
II. Ablehnung der Konversion . . . . .	120
1. Art des Verstoßes . . . . .	120
2. Kenntnis der Parteien . . . . .	121
3. Kenntnis beim einseitigen Rechtsgeschäft . . . . .	121
III. Der hypothetische Wille . . . . .	122
1. Ergebnis einer Wertung . . . . .	122
2. Bedeutung der Äquivalenz . . . . .	122
3. Funktion von Konversionsklauseln . . . . .	123
4. Kapitel: Die Notwendigkeit einer einheitlichen Lösung . . . . .	125
§ 12 Lösungsvorschläge in der Literatur . . . . .	125
I. Totalnichtigkeit . . . . .	125

II. Vertrauenshaftung . . . . .	127
1. Gewährleistungsfunktion des zwingenden Rechts . . . . .	127
2. Manifestation des Vertrauens . . . . .	128
3. Möglichkeit der gesetzeskonformen Reduktion . . . . .	128
III. „Bösgläubigkeit“ des gesetzwidrig Handelnden . . . . .	129
IV. Institutionelle Schranken . . . . .	130
V. Aufspaltung der Willenserklärung . . . . .	131
§ 13 Die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts als Resultat des Parteiwillens und des zwin- genden Rechts . . . . .	132
I. Theoretische Lösungswege . . . . .	132
II. Trennung Auslegung – Kontrolle? . . . . .	132
III. Die Funktion des zwingenden Rechts bei der Ermittlung des Inhalts des Rechts- geschäfts . . . . .	133
1. Kontrollfunktion. . . . .	134
2. Erschließungsfunktion . . . . .	134
a) der Auslegungsregeln . . . . .	134
b) des dispositiven Rechts . . . . .	134
c) des zwingenden Rechts . . . . .	135
IV. Bestätigung durch die Methoden der Auslegung . . . . .	139
1. Grammatikalische Methode . . . . .	139
2. Logisch – systematische Methode . . . . .	140
3. Teleologische Methode . . . . .	140
4. Historische Methode . . . . .	141
V. Die Rolle der Privatautonomie . . . . .	143
1. Geltungserhaltende Auslegung als Korrelat zur Richtigkeitschance. . . . .	143
2. Heteronome Komponente bei autonomer Bindung . . . . .	143
§ 14 Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot bzw. die guten Sitten. . . . .	145
I. Wortlaut als Grenze bei der Ermittlung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts? . . . .	145
1. Falsa demonstratio . . . . .	145
2. Rechtsfortbildung als Fortsetzung der Auslegung . . . . .	146
II. Die Konzeption des Gesetzes. . . . .	147
1. Verstoß gegen ein Verbotsgesetz . . . . .	147
2. Verstoß gegen die guten Sitten . . . . .	149
a) Interpretation des § 138 Abs. 2 BGB . . . . .	149
b) Grenze der guten Sitten . . . . .	150
c) Gegenschluß zu § 134 Halbsatz 2 BGB? . . . . .	150
III. Die Funktion des § 139 BGB . . . . .	151
1. Keine Auslegungsregel . . . . .	151
2. Das Zurücktreten des § 139 BGB vor dem Geltungsanspruch des zwingenden Rechts . . . . .	152
3. Wertungsgesichtspunkt. . . . .	153
4. Die Äquivalenz . . . . .	154
§ 15 Die Umdeutung . . . . .	154
I. Die Konzeption des Gesetzes . . . . .	154
II. Die Gleichwertigkeit von § 139 und § 140 BGB . . . . .	156
1. Identität der Kriterien . . . . .	156
2. Anwendung des § 140 BGB bei Verstoß gegen § 138 BGB . . . . .	156
3. Identität der Ergebnisse. . . . .	157
4. Die Äquivalenz . . . . .	157
5. Konsequenzen für die Anwendung von § 139 BGB und § 140 BGB . . . . .	158



§ 16 Die ergänzende Auslegung . . . . .	158
I. Die Konzeption des Gesetzes . . . . .	158
1. Lücke aufgrund der nichtigen Regelung . . . . .	159
2. Ausfüllung mittels der im Rechtsgeschäft niedergelegten Wertungen . . . . .	159
3. Entbehrlichkeit des Lückenbegriffs . . . . .	162
II. Der hypothetische Parteiwille . . . . .	162
1. Gleichbehandlung mit §§ 139f. BGB . . . . .	162
2. Ergebnis einer Wertung . . . . .	163
3. Der scheinbare Unterschied zu § 140 BGB . . . . .	163
4. Relevanter Zeitpunkt . . . . .	164
§ 17 Die institutionellen Schranken . . . . .	164
I. Die Konzeption des Gesetzes . . . . .	164
II. Die Gleichbehandlung mit den anderen dogmatischen Ansatzpunkten . . . . .	165
1. Ergebnis einer Wertung . . . . .	165
2. § 157 und § 242 BGB . . . . .	166
a) Standpunkt der Rechtsprechung . . . . .	166
b) Treu und Glauben bei der Auslegung . . . . .	166
3. § 134 und § 242 BGB . . . . .	167
5. Kapitel: Prinzipien der gesetzes- und sittenkonformen Auslegung . . . . .	169
§ 18 Der Zweck des Gesetzes . . . . .	169
I. Verhinderung des rechtswidrigen Inhalts eines Rechtsgeschäfts . . . . .	169
1. Durchsetzungsanspruch des zwingenden Rechts . . . . .	169
2. Relevanz des Wortlauts . . . . .	169
3. Reduktionsmöglichkeit . . . . .	170
II. Der Schutzcharakter der Norm . . . . .	171
1. Gewährleistung des Erfüllungsinteresses . . . . .	171
a) Notwendigkeit der Aufrechterhaltung . . . . .	171
b) Versagen anderer Konstruktionen . . . . .	172
c) Parallele zur Lückenvermeidung bei der verfassungskonformen Auslegung . . . . .	172
d) Zusammenwirken mit anderen Kriterien . . . . .	173
e) Entbehrlichkeit einseitiger Erfüllung . . . . .	173
f) Abgrenzung zu sonstigen Erscheinungsformen des Schutzcharakters . . . . .	174
2. Differenzierung nach Art der Abrede . . . . .	174
a) Nebenpflicht . . . . .	174
b) Hauptpflicht . . . . .	175
c) Zusammengesetzte Rechtsgeschäfte . . . . .	175
3. Ermittlung des Schutzcharakters . . . . .	176
a) Auslegung . . . . .	176
b) Relevanz des Wortlauts . . . . .	176
c) Mehrere Schutzzwecke . . . . .	177
4. Einseitige Rechtsgeschäfte . . . . .	177
5. Ausnahme: Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung . . . . .	177
a) Kenntnis des Begünstigten . . . . .	178
b) Die Rolle der Äquivalenz . . . . .	179
c) Wegfall der Geschäftsgrundlage . . . . .	183
III. Der Präventions- und Strafgedanke . . . . .	183
1. Bei Bejahung des Schutzcharakters der Norm . . . . .	184
a) Schicksal des Vertrages . . . . .	184
b) Schicksal der Gegenleistung und einzelner Klauseln . . . . .	184
c) Einseitige Rechtsgeschäfte . . . . .	186

2. Bei Fehlen des Schutzcharakters . . . . .	186
IV. Zwischenergebnis . . . . .	187
§ 19 Die Rolle des Parteiwillens . . . . .	187
I. Die Kollision zwischen dem Schutzcharakter der Norm und dem Grundsatz der Privatautonomie . . . . .	187
1. Die beschränkte Funktion der Privatautonomie . . . . .	187
2. Die beschränkte Funktion salvatorischer Klauseln bei der Aufrechterhaltung des Vertrages . . . . .	188
3. Die grundsätzliche Unbeachtlichkeit des ausdrücklich geäußerten entgegenstehenden Willens . . . . .	189
a) Totalnichtigkeitsklauseln . . . . .	189
b) Abdingung von § 6 Abs. 1 AGBG . . . . .	190
c) Einfluß auf Zumutbarkeit . . . . .	191
4. Das Verhältnis zwischen dem Anfechtungsrecht und dem Schutzcharakter der Norm . . . . .	191
a) Kollision der beiden Prinzipien . . . . .	192
b) Die Funktion des § 119 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB . . . . .	192
II. Die Relevanz der Privatautonomie bei Fehlen des Schutzcharakters der Norm . . . . .	194
1. Totalnichtigkeitsklauseln . . . . .	194
2. Kriterien der Aufrechterhaltung . . . . .	194
a) Kenntnis der Parteien . . . . .	194
b) Respektierung erkennbarer Wertungen . . . . .	195
c) Die Rolle der Äquivalenz . . . . .	195
d) Weitere Faktoren . . . . .	196
III. Zwischenergebnis . . . . .	196
§ 20 Die richterliche Gestaltungsmacht, insbesondere das Problem des iustum pretium . . . . .	197
I. Arten der Vorregelung, insbesondere bei Fehlen des Schutzcharakters der Norm . . . . .	197
1. Rechtsgeschäft . . . . .	197
2. Gesetz . . . . .	197
a) Dispositives und zwingendes Recht . . . . .	197
b) § 138 BGB . . . . .	198
c) Abnehmende richterliche Regelungskompetenz . . . . .	199
II. Der Einfluß des Schutzcharakters der Norm . . . . .	199
1. Schicksal des Gesamtvertrages . . . . .	199
2. Schicksal einzelner Abreden . . . . .	200
a) AGB . . . . .	200
b) Individualvereinbarungen . . . . .	209
III. Das Problem des iustum pretium . . . . .	211
1. Die Reduktion durch den Richter . . . . .	211
a) Reduktion auf das Mittelmaß . . . . .	211
b) Ausnahmen . . . . .	212
2. Aufrechterhaltung des Vertrages aufgrund des Schutzcharakters der Norm . . . . .	213
a) Gesetzliche Fälle . . . . .	213
b) Analoge Anwendung . . . . .	214
IV. Zwischenergebnis . . . . .	217
6. Kapitel: Zusammenfassung . . . . .	219
Literaturverzeichnis . . . . .	221
Sachregister . . . . .	233

# 1. Kapitel: Einleitung und Abgrenzung der Themenstellung

## § 1 Die verfassungskonforme Auslegung von Normen als Ausgangspunkt

Vorwiegend seit Inkrafttreten des Grundgesetzes<sup>1</sup> hat sich das Gebot der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen – auch solchen im nur materiellen Sinn – als allgemeine Maxime durchgesetzt.<sup>2</sup> Es kann heute als gesicherter Bestandteil der Gesetzesinterpretation angesehen werden.

I. Inhaltlich besagt dieser Grundsatz, eine Gesetzesbestimmung sei so auszulegen, daß sie mit den Vorschriften der Verfassung in Einklang stehe. Daher sei bei mehreren Interpretationsmöglichkeiten diejenige maßgebend, bei der die gesetzliche Regelung mit der Verfassung übereinstimme.<sup>3</sup> Rechtsprechung<sup>4</sup> und Literatur<sup>5</sup> haben – wenigstens teilweise – dabei nicht an der Grenze des Wortlauts der jeweiligen Norm Halt gemacht, sondern auch deren Korrektur vorgenommen, also das Prinzip der verfassungskonformen Auslegung umfassend verstanden.<sup>6</sup>

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich mit der Frage, ob und in welchem Umfang ein solcher Auslegungsgrundsatz auch gilt, soweit es um die Interpretation

---

<sup>1</sup> Vgl. *Skouris* S. 96; *Bogs* S. 15f.; *Eckardt* S. 3; *Haak* S. 3; vgl. aber auch schon RG vom 17. 2. 1883, RGZ 9, 232, 235: Auslegung anhand höherrangigen Rechts; dazu *Skouris* S. 116.

<sup>2</sup> *Larenz* Methodenlehre S. 329 mit umfangreichen Nachweisen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Fn. 48.

<sup>3</sup> Vgl. nur *Larenz* S. 329; *Hesse* § 2 IV 1 jeweils mwN.

<sup>4</sup> Vgl. etwa BVerfGE 8, 210, 221 – § 644 ZPO; 9, 194, 197 – § 18 Abs. 3 III VVG, Wahlklage, wo das Gericht allerdings behauptet, daß die Auslegung mit dem Wortlaut vereinbar sei, dagegen *Hesse* § 2 IV 2 a Fn. 53, *Wank* S. 109 mwN. in Fn. 119; 35, 263, 279f. – § 80 Abs. 6 Satz 2 VwGO; 49, 148, 166f.; 50, 115, 121 – § 554 b ZPO (siehe zu den beiden letztgenannten Entscheidungen aber auch den Vorlagebeschluß des 1. Senats, NJW 1979, 568, sowie die Entscheidung des Plenums BVerfGE 54, 277, 297ff.); 49, 329, 342f. – Art. 103 GG; BGH NJW 1981, 1965, 1968. Wohl hart an der Grenze des Wortlauts sind BVerfGE 30, 1, 21 – G 10 und 33, 52, 69 – GÜV; a. A. jeweils das Minderheitsvotum wegen Verletzung der Regelungskompetenz des Gesetzgebers, vgl. E 30, 37 und 33, 78.

Anders aber z. B. BVerfGE 8, 28, 34, wo die verfassungskonforme Auslegung wegen des entgegenstehenden gesetzgeberischen Willens abgelehnt wird; ebenso 18, 97, 111; 19, 242, 247; 21, 292, 305; in BVerfGE 52, 357, 369; 53, 135, 146 f. wurde eine verfassungskonforme Auslegung abgelehnt, allerdings eine Teilnichtigkeitsklärung vorgenommen, was sich im Ergebnis entspricht, vgl. unten § 2 III 1.

<sup>5</sup> *Bogs* S. 46ff. mwN. aus der Rechtsprechung, S. 88f.; *Göldner* S. 67ff.; *Schuppert* AöR 103, 56, der davon spricht, es sei im Wege der Reduktion verfassungskonform auszulegen; *Wank* S. 99; differenzierend zwischen Gesetzesergänzung und Gesetzesberichtigung *Eckardt* S. 53ff.; für den Wortlaut als Grenze *Larenz* Methodenlehre S. 330, *Haak* S. 304; gegen die verfassungskonforme Auslegung überhaupt, falls die betroffenen Normen überwiegend verfassungswidriger Deutung zugänglich seien, *Burmeister* S. 107ff.

<sup>6</sup> Zur Legitimation dieses Vorgehens vgl. unten 2. Kapitel.

von Rechtsgeschäften geht, ob im Zweifel also die gesetzes- und sittenkonforme Variante vorzuziehen oder aber Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts anzunehmen ist. Dabei wird – wie auch beim Einfluß verfassungsrechtlicher Normen auf gesetzliche Regelungen – das Problem relevant, inwieweit über den Wortlaut des Rechtsgeschäfts hinaus eine gesetzes- und sittenkonforme Reduktion und Korrektur ihre Berechtigung hat.

II. Teilweise wird von der verfassungskonformen Auslegung die sog. verfassungsorientierte Auslegung abgehoben. Nach dieser Interpretationsmaxime ist von mehreren (nicht verfassungswidrigen) Möglichkeiten diejenige auszuwählen, die die Ziele der Verfassung am besten verwirklicht.<sup>7</sup> Die Unterscheidung spielt allerdings nur für die ausschließliche Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts eine Rolle,<sup>8</sup> hat dagegen in rechtsdogmatischer Hinsicht keine Bedeutung.<sup>9</sup> Die vorliegende Abhandlung verzichtet daher auf die Unterscheidung zwischen gesetzeskonformer und gesetzesorientierter Auslegung. Offenbleiben kann ebenso, ob und inwieweit eine solche gesetzesorientierte Auslegung in Anlehnung z. B. an das dispositive Recht legitim ist.

III. Nicht behandelt wird in dieser Arbeit auch die Abgrenzung zwischen Nichtigkeits- und Ordnungsvorschriften.<sup>10</sup> Desgleichen bleiben ohne nähere Prüfung die Tatbestandsvoraussetzungen eines zwingenden Gesetzes bzw. eines Verstoßes gegen die guten Sitten.<sup>11</sup>

## § 2 Die möglichen Bedeutungen einer „gesetzes- und sittenkonformen Auslegung und Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts“

Hier ist noch nicht auf den Stellenwert und die Legitimation eines solchen Auslegungskriteriums einzugehen; an dieser Stelle soll lediglich untersucht werden, welche Bedeutung der Begriff der gesetzeskonformen Auslegung<sup>1</sup> haben kann. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien einige der Möglichkeiten genannt.

---

<sup>7</sup> BVerfGE 6, 55, 72; 32, 54, 71; 39, 1, 38; 51, 97, 110; dies wird insbesondere relevant bei der Einwirkung der Verfassung auf das Verfahrensrecht: Vgl. dazu BVerfGE 37, 67, 77; 39, 276, 294; 41, 251, 265; 44, 105, 119 ff.; 45, 422, 430 ff.; 46, 202, 210; 46, 325, 334; 48, 292, 297 f.; 49, 220, 225; 50, 16, 30; 51, 304, 324; 52, 380, 389; 52, 391, 407. J. Ipsen S. 169 ff.; Schmidt-Salzer DÖV 1969, 98 Fn. 14; Simon EuGRZ 1974, 85 f.; nicht ganz eindeutig Hesse § 2 IV 1; gegen die Unterscheidung z. B. Burmeister S. 26 ff., 31 ff., Göldner S. 43 ff., 67.

<sup>8</sup> Vgl. z. B. Wank JuS 1980, 548 ff. und dazu unten § 2 III 3.

<sup>9</sup> Simon EuGRZ 1974, 86.

<sup>10</sup> Vgl. dazu z. B. Larenz AT § 22 II.

<sup>11</sup> Vgl. dazu z. B. Larenz AT § 22 II, III.

<sup>1</sup> Der Einfachheit halber wird dieser Terminus an Stelle des vollständigen Ausdrucks „gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts“ verwendet.

### *I. Auslegung anhand des gesetzlichen Musters*

Gesetzeskonforme Auslegung kann als Parallele zur verfassungsorientierten Auslegung auftreten. Das kodifizierte Recht bildet die Richtschnur, anhand derer ein Rechtsgeschäft auszulegen ist. Ergeben sich keine Anhaltspunkte für abweichende Umstände, so ist die Willenserklärung unter Zuhilfenahme des gesetzlichen Musters zu interpretieren. Beispiele dafür sind gesetzliche Auslegungsregeln wie §§ 314, 926 BGB.<sup>2</sup> Auch in anderen Fällen kann die im Gesetz niedergelegte objektive Interessenlage herangezogen werden, das Rechtsgeschäft wird in Anlehnung an gesetzliche Wertungen interpretiert.<sup>3</sup>

Ein Beispiel aus der Rechtsprechung mag das verdeutlichen: Nach einem von einem Dritten verursachten Unfall hatte ein Minderjähriger einen Unfallhelfer mit der Abwicklung beauftragt, darunter auch einen Rechtsanwalt mit der Einziehung des Schadensersatzes. Bei der Frage, ob die mit dem Kreditvertrag verknüpfte Vollmachtserteilung des Geschädigten wirksam war oder die Nichtigkeit des Kreditvertrages nach § 139 BGB sich auch auf die Vollmacht erstreckte, hat der BGH die in der Überlassung des Arbeitslohns liegende Einwilligung der Eltern so ausgelegt, daß sie in der Regel nur für vertragsmäßige Leistungen gelte, die sofort „bewirkt“ würden. Bei Kreditverträgen sei demgemäß sorgfältig zu prüfen, ob die Einwilligung so weit reiche; der Kreis der stillschweigend konsentierten Geschäfte sei möglichst eng zu ziehen.<sup>4</sup> Im Endeffekt heißt das, daß die nach § 107 BGB nötige Einwilligung mangels näherer Umstände gemäß dem gesetzlichen Muster des § 110 BGB ausgelegt wird.<sup>5,6</sup> Gesetzeskonforme Auslegung bedeutet in diesem Fall also die Berücksichtigung gesetzlicher Wertentscheidungen bei der Präzisierung der Bedeutung von Willenserklärungen.

### *II. Dispositives Recht als Mindestinhalt*

Orientierung am Gesetz kann aber auch den Sinn haben, daß aus einer gesonderten Abrede zu schließen ist, die Parteien hätten eine Regelung treffen wollen, die über die vom Gesetz (ohnehin) angeordnete dispositive Rechtsfolge hinausgehe; jedenfalls sei keine Einschränkung intendiert.

---

<sup>2</sup> Zu deren Funktion näher noch unten § 13 III 2a.

<sup>3</sup> Zur Gesetzesorientierung der Auslegung vgl. Lüderitz S. 372 mwN. in Fn. 132.

<sup>4</sup> BGH NJW 1977, 622, 623f.

<sup>5</sup> Zustimmend wohl Palandt/Heinrichs § 107, 3; MünchKomm/Gitter § 110, 7; Soergel/Hefermehl § 110, 2. Selbst wenn man in der Überlassung des Arbeitslohns einen Fall des § 110 BGB erblickt (so z. B. Palandt/Heinrichs § 110, 2, auch der BGH scheint dazu zu tendieren, indem er auf Mot. I 148 verweist), so ändert das nichts daran, daß der mangels Bewirkung (allein) einschlägige § 107 BGB anhand des gesetzlichen Musters des § 110 BGB eng auszulegen ist.

<sup>6</sup> Mittels dieser Interpretation ließe sich übrigens auch die Diskrepanz der Rechtsfolgen zwischen § 107 und § 110 BGB beseitigen, falls der Minderjährige sich eine Leistung erschleicht (z. B. Beförderungerschleichung). Kommt § 110 BGB zur Anwendung, so ist eine Vertragsstrafe nicht vereinbart, da der Minderjährige seine Leistung nicht bewirkt hat. Anders wäre es, falls § 107 BGB einschlägig ist und die Eltern wissen, daß die Leistung nur gekoppelt

So hat der BGH bei der Auslegung eines Wettbewerbsverbots dieses nicht nur auf die zunächst betroffene Tankstelle, sondern auch auf eine später eingerichtete, 400 m entfernte Werkstatt bezogen. Die Verpflichtung, Wettbewerb zu unterlassen, ergebe sich ohnehin bereits aus § 86 HGB in der Interpretation der Rechtsprechung.<sup>7</sup> Die umfassende Formulierung des Wettbewerbsverbots durch die Parteien rechtfertige den Schluß, daß der Verpflichtete keinesfalls besser gestellt sein solle als nach der (allerdings dispositiven) gesetzlichen Rechtslage. Sinn der vertraglichen Regelung sei es also gerade nicht, diese Besserstellung des Verpflichteten herbeizuführen.<sup>8</sup>

### III. Nichtigkeitsvermeidende Auslegung

Beide soeben genannten Spielarten einer gesetzessorientierten Auslegung sollen in dieser Untersuchung nicht primär berücksichtigt werden. Es geht vielmehr in erster Linie um die Frage, ob und inwieweit eine Interpretation legitim ist, die die Nichtigkeit des jeweiligen Rechtsgeschäfts vermeidet.<sup>9</sup> Das Problem der gesetzessorientierten Auslegung wird nur insoweit berührt, als sich aus ihm Schlüsse für die Rechtfertigung der gesetzeskonformen Auslegung ziehen lassen.

Dabei ist allerdings eine Erweiterung zu machen.<sup>10</sup> Einzubeziehen ist auch die Frage, ob bei einem Verstoß gegen das Gesetz bzw. die guten Sitten Totalnichtigkeit eintritt oder aber das Rechtsgeschäft auf das gesetzes-/sittenkonforme Maß reduziert oder extendiert werden darf.

1. Die umfassende Formulierung der hier zu untersuchenden Problematik rechtfertigt sich schon daraus, daß das Ergebnis der beiden Vorgehensweisen in aller Regel identisch ist.<sup>11</sup> Verfassungskonforme Auslegung z. B. kann zur Teilnichtigkeit einer Norm führen.<sup>12, 13</sup> In beiden Fällen wird ein Teil der möglichen Anwendungs-

---

mit einem Vertragsstrafeversprechen angeboten wird. Eine Gleichbehandlung der beiden Fälle ist nur möglich, wenn man in Orientierung an § 110 BGB auch die Einwilligung der Eltern nach § 107 BGB eng auslegt; ähnlich MünchKomm/Gitter § 110, 3.

<sup>7</sup> Vgl. z. B. BGHZ 42, 59, 61; BGH LM Nr. 53 zu § 242 (Ba) BGB jeweils mwN.

<sup>8</sup> BGHZ 52, 171, 177f.

<sup>9</sup> Vgl. schon § 1 II.

<sup>10</sup> Eine Erweiterung tritt ein, wenn man die Grenze der Auslegung im Wortlaut sieht; dagegen z. B. BVerfGE 35, 263, 278f.; 53, 115, 134; *Seetzen* NJW 1976, 1999 mwN. auch zur Gegenmeinung. *Seetzen* selbst will allerdings den einfachen Richter an den Wortlaut als Grenze der verfassungskonformen Auslegung binden (aaO. S. 2001). – Zur Kontroverse im Zivilrecht um die Andeutungstheorie vgl. nur *Palandt/Heinrichs* § 133, 5c; *Staudinger/Dilcher* §§ 133/157, 16 (zustimmend); MünchKomm/Mayer-Maly § 133, 52f. (ablehnend). Die Frage kann hier vorläufig dahinstehen, vgl. genauer unten § 14 I 1.

<sup>11</sup> *Schack* JuS 1961, 273; *Zippelius* Festschrift BVerfG II S. 122; vgl. auch BVerfGE 8, 71, 78, wo verfassungskonforme Auslegung und Umdeutung gleichgesetzt werden.

<sup>12</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 11, 168, 185 (wenn BVerfGE 53, 135, 147 und 54, 251, 273f. zwischen verfassungskonformer Auslegung und Teilnichtigkeit unterscheiden, so bleibt unklar, worin, abgesehen von Kompetenzfragen, der Unterschied bestehen soll; *Prümm* JuS 1975, 304 begründet die Differenzierung ausdrücklich mit diesem Argument); *Bogs* S. 100; *ders.* DVBl 1965, 634; *Göldner* S. 68, 171; *Haak* S. 295ff.; *Skouris* S. 109; *Spanner* AöR 91, 532 (die

bereiche ausgeblendet, die Norm findet insoweit keine Anwendung. Dieses Ergebnis wird auch durch die 1970 erfolgte Novellierung von § 79 Abs. 1 BVerfGG bestätigt, durch die Konsequenzen bezüglich der Wirkung der verfassungskonformen Auslegung gezogen werden, die denen der (Teil-) Nichtigerklärung entsprechen.<sup>14</sup> Auch die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG ist nicht davon abhängig, ob das Bundesverfassungsgericht die Norm für (teilweise) nichtig erklärt oder aber aufgrund verfassungskonformer Auslegung andere Interpretationen als unvereinbar mit dem Grundgesetz bezeichnet hat.<sup>15</sup> Die eigentliche Problemstellung ist – abgesehen von den Konsequenzen hinsichtlich der Verwerfungskompetenz – somit nicht die Abgrenzung der verfassungskonformen Auslegung von der Teilnichtigerklärung, sondern die Frage, wann beide unzulässig sind und die Norm zur Gänze unwirksam ist; das ist ebenso bei der gesetzeskonformen Auslegung.

2. Nichts anderes gilt auch von der gesetzes- bzw. sittenkonformen *Extension* des Rechtsgeschäfts.<sup>16</sup> Schon die Frage, ob Restriktion oder Extension vorliegt, hängt vom jeweiligen Blickwinkel ab.<sup>17</sup> Restriktive Auslegung der Ausnahme bedeutet extensive Anwendung der Regel.<sup>18</sup> Das gilt nicht nur bei der Auslegung von Gesetzen, sondern erst recht bei der Interpretation von Rechtsgeschäften; bei diesen kann oft nicht entschieden werden, ob eine Zusatzabrede noch zur Konzeption der Parteien gehört oder als Ausnahme formuliert ist.<sup>19</sup>

3. In beiden Fallgruppen entsteht im Rahmen der gesetzeskonformen Auslegung ein Problem nicht, das bei der verfassungskonformen Auslegung zu Schwierigkeiten

Bedenken *Spanners*, das Bundesverfassungsgericht habe nur über die Verfassungsmäßigkeit einer Norm zu entscheiden, nicht aber über deren Auslegung, ändert nichts daran, daß das Ergebnis beider Methoden dasselbe ist; zudem sind sie durch § 79 Abs. 1 BVerfGG n. F. gegenstandslos geworden, s. sogleich im Text); *Burmeister* S. 122 ff., der freilich von seinem Ausgangspunkt her sowohl verfassungskonforme Auslegung als auch Teilnichtigklärung ablehnt; a. A. *Eckardt* S. 60 f., dessen Unterscheidung zwischen Gesetzesergänzung und Gesetzesberichtigung ebenfalls nur wegen der Kompetenzfrage relevant ist (vgl. im Text sogleich unter 3), wobei die Abgrenzungskriterien von *Eckardt* unklar bleiben (vgl. dazu *Bogs* S. 100 Fn. 26); a. A. auch *Zippelius* Festschrift BVerfG II S. 111 ohne Begründung.

<sup>13</sup> Daß es auch Fälle geben mag, in denen in einer verfassungskonformen Auslegung keine Teilnichtigklärung zu erblicken ist – etwa weil die Auslegungsvarianten von der Struktur der Norm her alternativ sind –, ändert im hier interessierenden Zusammenhang nichts.

<sup>14</sup> Vgl. schon *Wagner* JuS 1970, 380, 382, der schon vor der Novelle die analoge Anwendung des § 79 Abs. 1 a. F. BVerfGG forderte.

<sup>15</sup> BVerfGE 40, 88, 94.

<sup>16</sup> Für das Verfassungsrecht vgl. z. B. BVerfGE 7, 320, 326; *Göldner* S. 69; *Wank* S. 98.

<sup>17</sup> Vgl. dazu auch *Larenz* Methodenlehre S. 343, der zwischen „Ausnahme“ und „negativer Geltungsanordnung“ unterscheiden will; es ist aber nicht ersichtlich, wie sich die beiden Begriffe abgrenzen lassen. Jedenfalls ist vom Ergebnis her kein prinzipieller Unterschied zur extensiven Auslegung ersichtlich.

<sup>18</sup> Vgl. auch *Haak* S. 295 ff., 304 und die dort aufgeführten Beispiele; *Göldner* S. 69, der Beispiele Gesetzesausdehnender wie Gesetzes einschränkender Prinzipienkonkretisierung im Rahmen der Rechtsfortbildung behandelt; *Spanner* AöR 91, 531 f.

<sup>19</sup> Vgl. auch *Lüderitz* S. 435, der zeigt, daß Restriktion und ergänzende Auslegung von Rechtsgeschäften dasselbe Ergebnis haben können.

führen kann. Im Rahmen der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG<sup>20</sup> ist die Verwerfungskompetenz unterschiedlich je nachdem, ob die Norm ausgelegt oder für teilnichtig erklärt wird. Zur Auslegung ist jedes Gericht – einschließlich des Bundesverfassungsgerichts – berechtigt.<sup>21</sup> Eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG setzt nämlich die Überzeugung des vorlegenden Gerichts von der Verfassungswidrigkeit voraus; an dieser fehlt es aber, wenn eine Auslegung des Gesetzes möglich ist, bei der kein Verstoß gegen die Verfassung vorliegt.<sup>22</sup> Anders ist es dagegen bei der Teilnichtigkeitsklärung einer Norm; die Kompetenz dazu ist beim Bundesverfassungsgericht monopolisiert.<sup>23</sup>

Die mit dieser Diskrepanz verbundenen Fragen sind hier nicht näher zu verfolgen.<sup>24</sup> Denn bei der Auslegung eines Rechtsgeschäfts stellen sich diese Schwierigkeiten nicht; jedes Gericht ist gleichermaßen zur Auslegung wie auch zur Teilnichtigkeitsklärung (wenn und soweit sie als zulässig erachtet wird) berufen.

Damit hängt zusammen, daß auch eine weitere Problematik nicht auftaucht – anders als bei der Auslegung und Prüfung von Gesetzen –, nämlich die Frage, ob das Gesetz als solches teilweise verfassungswidrig ist oder ob es nur eine verfassungswidrige Deutung durch die Fachgerichte erfahren hat. Dies spielt eine Rolle einmal bei dem Problem, ob das Bundesverfassungsgericht bei der konkreten Normenkontrolle an die Auslegung durch das vorlegende Gericht gebunden ist,<sup>25</sup> zum anderen für die Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts bei der Überprüfung gericht-

<sup>20</sup> Anders ist es bei einer Verfassungsbeschwerde (direkt) gegen ein Gesetz und bei der abstrakten Normenkontrolle.

<sup>21</sup> Vgl. BVerfGE 48, 40, 45; *Imboden* Festschrift für Huber S. 143.

<sup>22</sup> BVerfGE 1, 184, 189; 2, 406, 411; vgl. auch 8, 28, 34f., das deswegen im konkreten Fall die verfassungskonforme Auslegung ablehnte, dagegen zutreffend *Stern* NJW 1958, 1435; *Bogs* S. 126; *Bonner Kommentar/Stern* Art. 100, 10; *Maunz* in *Maunz/Dürig* Art. 100, 35; *J. Ipsen* S. 162, 169, 173; *Haak* S. 304; *Simon* EuGRZ 1974, 88; *Ulsamer* BayVBl 1980, 520; *ders.* lehnt in *Maunz* u. a. BVerfGG Art. 81, 25 die Annahme der Unzulässigkeit der Vorlage aus verfahrensprozessualen Gründen ab, nimmt vielmehr Unbegründetheit an, vgl. aaO. 32; *Spanner* AöR 91, 512; zweifelnd *Menger* VerwArch 52, 313f. BVerwG DVBl 1981, 683, 685 lehnt (wohl) auch bei Teilnichtigkeitsklärung die Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG ab.

<sup>23</sup> *Maunz* in *Maunz/Dürig* GG Art. 100, 1; *Skouris* S. 112 (der allerdings auch die verfassungskonforme Auslegung beim Bundesverfassungsgericht monopolisieren will, diese Auffassung ist schon wegen der Verfassungsorientierung jeder Auslegung abzulehnen); a. A. *Bogs* S. 126, der das Verwerfungsmonopol auf die Gesetze beschränken will, die in ihrer gesamten Anwendungsbreite verfassungswidrig sind.

<sup>24</sup> Die Schwierigkeit demonstriert die Kontroverse innerhalb des Bundesverfassungsgerichts. Der 2. Senat legt § 554b Abs. 1 ZPO verfassungskonform aus (vgl. BVerfGE 49, 148, 166f.; 50, 115, 121f.), während der 1. Senat hier eine Teilnichtigkeitsklärung für den einzig gangbaren Weg hält (vgl. den Vorlagebeschluß NJW 1979, 568). Der gemeinsame Senat (BVerfGE 54, 277, 297ff.) hat sich für eine verfassungskonforme Auslegung entschieden, da der Wortlaut der Vorschrift dies ermögliche und die gesetzgeberische Grundentscheidung nicht angetastet werde. Die Kompetenzproblematik wurde dabei nicht erörtert, ebensowenig der Gesichtspunkt, daß der Gesetzgeber ja die Regelung ändern könne; vgl. dazu § 4 V 2; vgl. auch *Seetzen* NJW 1976, 2000.

<sup>25</sup> Vgl. statt aller *Spanner* AöR 91, 522ff.; *Berkemann* AöR 99, 54, 57.



licher Entscheidungen im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde.<sup>26</sup> Die einzelnen Streitpunkte brauchen in diesem Zusammenhang nicht näher erörtert zu werden. Denn eine Beschränkung der Kontrolle, etwa in der Art, daß die Gerichte bei der Überprüfung von Rechtsgeschäften nicht jeden Gesetzesverstoß zu beachten hätten, ist unbekannt.<sup>27</sup>

### § 3 Modellbeispiele und Prüfungsmaßstab

I. Auslegungsfähig ist jedes Rechtsgeschäft.<sup>1</sup> Folglich ist die Legitimation der gesetzeskonformen Interpretation auch an allen Willenserklärungen zu überprüfen. Freilich haben sich in der Diskussion – jedenfalls soweit es um die Frage der Teilnichtigkeit geht – Fallgruppen herausgebildet. Die wichtigsten werden als Modellbeispiele herausgeriffen.

1. Einmal ist die Wirksamkeit einseitiger Willenserklärungen wie z. B. einer Testamentserrichtung zu überprüfen. Beispiel dafür ist die Frage, ob ein teilweise sittenwidriges Mätressentestament als totalnichtig anzusehen ist.

2. Wendet man sich den zweiseitigen Rechtsgeschäften – insbesondere den gegenseitigen Verträgen – zu, so taucht das Problem in mehrfacher Abstufung auf.

a) Zum einen ist der Fall zu würdigen, in dem eine einzelne Klausel teilweise gegen das Gesetz – vorwiegend das AGBG – verstößt. Hier stellt sich das Problem der Teil- oder Totalnichtigkeit der jeweiligen Klausel.

b) Die sich daran anknüpfende Frage, welche Rechtsfolge bezüglich des restlichen Rechtsgeschäfts eintritt, wenn eine Klausel (teilweise) nichtig ist, ist für den Bereich des AGBG durch § 6 gelöst. Sie bleibt relevant, wenn individuell vereinbarte Abreden vorliegen.<sup>2</sup>

c) In etwas veränderter Form tritt die Fragestellung auf, soweit die vereinbarten Hauptpflichten gegen das Gesetz bzw. die guten Sitten verstoßen, wie z. B. beim Wucherdarlehen.

<sup>26</sup> Vgl. statt aller *Schuppert* AöR 103, 43 ff.

<sup>27</sup> Das Problem der Abgrenzung zwischen Auslegung und Kontrolle taucht freilich in etwas veränderter Form beim AGBG auf, jedenfalls soweit es um das abstrakte Verfahren nach §§ 13 ff. AGBG geht. Zwar bereitet die Frage der Kompetenz dort keine Schwierigkeiten, das methodische Vorgehen brächte nur dann unterschiedliche Ergebnisse, wenn man an den partiellen Verstoß die Totalnichtigkeit knüpfte; die Unterscheidung ist aber relevant wegen der Reichweite der Kollision mit höherrangigem Recht, weil nur bei deren Vorliegen eine Änderung des Wortlauts der fraglichen Bedingung verlangt werden kann (vgl. zum Ganzen unten § 6 I 4b und § 13 Rn. 40).

<sup>1</sup> Wenn behauptet wird, Auslegung komme nicht in Betracht, soweit der besonders klare Wortlaut der Willenserklärung keinen Raum dafür lasse (vgl. z. B. BGH LM Nr. 6 zu § 157 (C) BGB; RGZ 158, 119, 124), so ist das nicht richtig. Der „eindeutige Wortlaut“ vermag – gerade angesichts der Regel der falsa demonstratio – nur eine rasche Feststellung des Fehlens von Zweifeln zu ermöglichen; vgl. MünchKomm/Mayer-Maly § 133, 46 mwN. und ausführlich unten § 13 IV 1.

<sup>2</sup> Dazu, daß § 139 BGB das Problem allenfalls teilweise gelöst hat, vgl. unten § 14 III.

d) Schließlich geht es um die Rechtsfolge der Nichtigkeit eines von zwei gleichzeitig vorgenommenen Rechtsgeschäften.

II. 1. Das Privatrecht kennt dispositive und zwingende Normen.<sup>3</sup> Als Prüfungsmaßstab für die vorliegende Untersuchung kommen scheinbar nur zwingende Normen in Frage. Denn nur bei einer Kollision zwischen ihnen und der privatautonomen Abrede kann sich das Problem stellen, ob Nichtigkeit eintritt oder ob und in welchem Umfang die Parteivereinbarung zurückzutreten hat, das Rechtsgeschäft jedoch aufrechterhalten bleibt. Allerdings hat auch das dispositive Recht zum Teil zwingenden Charakter, falls dem Vertrag AGB zugrunde gelegt sind.<sup>4</sup>

2. Hingegen bedarf es für die hier zu erörternde Problematik keiner Differenzierung zwischen zwingendem Recht und echten Verbotsgesetzen. Auch bei zwingendem Recht kommt geltungserhaltende Auslegung in Betracht.<sup>5</sup> Die Kontroverse, ob jede zwingende Norm auch ein Verbotsgesetz ist<sup>6</sup> oder nicht,<sup>7</sup> spielt daher für die Frage, ob und inwieweit zwingendes Recht den Inhalt des Rechtsgeschäfts beeinflusst, keine Rolle. Dasselbe gilt, wenn es um den Wegfall der rechtlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts wegen Unmöglichkeit geht.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Vgl. statt aller *Larenz AT* § 1 IV.

<sup>4</sup> Vgl. *Larenz AT* § 1 IV und § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG; *Kramer Krise* S. 56 mwN.

<sup>5</sup> Vgl. z. B. die Frage der Bestimmtheit im Rahmen von § 950 BGB und dazu *BHGZ* 46, 117, 120 mwN. sowie unten § 6 I 3 c.

<sup>6</sup> *Staudinger/Coing*<sup>11</sup> § 134, 2.

<sup>7</sup> *Soergel/Hefermehl* § 134, 2; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 134, 5 f.; *Staudinger/Dilcher* § 134, 2; *Enneccerus/Nipperdey* § 190 I 1; *Flume II* § 17 2; *Larenz AT* § 22 II.

<sup>8</sup> Die Rechtfertigung der Gleichbehandlung ergibt sich auch daraus, daß die Grundsätze des § 139 BGB auch bei anfänglicher Teilunmöglichkeit anzuwenden sind (vgl. *Palandt/Heinrichs* § 139, 2 a; *Soergel/Hefermehl* § 139, 6 jeweils mwN. zu den differenzierenden Lösungen). Auch bei nachträglicher Teilunmöglichkeit ist der Grundgedanke des § 139 BGB heranzuziehen (vgl. *MünchKomm/Emmerich* § 275, 59). Ebenfalls gleichgelagert in der Problematik ist die Frage der Reichweite einer Konkursanfechtung; auch hier geht es um die partielle Aufrechterhaltung eines Rechtsgeschäfts (vgl. dazu § 6 I 3 b mit Fn. 81).

## 2. Kapitel: Verfassungskonforme Auslegung und gesetzes-/sittenkonforme Auslegung als Parallelen?

Es liegt nahe, gesetzeskonforme Auslegung von Rechtsgeschäften und verfassungskonforme Auslegung von Normen parallel zu beurteilen, was ihre Legitimation betrifft. So wird denn auch in der Lehre, soweit sie zu diesem Problemkreis Stellung bezieht, die Übertragbarkeit der Maxime der verfassungskonformen Auslegung fast kritiklos bejaht.<sup>1</sup> In der Regel wird allerdings die Frage nur im Kontext mit der *Auslegung* behandelt, während eine Auseinandersetzung mit der Frage der *Teilnichtigkeit* in diesem Zusammenhang fehlt.<sup>2</sup>

Eine solche Sicht verkürzt die Problematik. Einmal ist zu prüfen, inwieweit die für die Legitimation der verfassungskonformen Auslegung gegebenen Begründungen wirklich stichhaltig sind. Zum anderen ist damit nicht gesagt, daß diese Argumente auch zutreffen, soweit es um die Interpretation von Rechtsgeschäften geht; das wäre nur dann der Fall, wenn und soweit Gesetz und Rechtsgeschäft in dieser Hinsicht miteinander verglichen werden könnten. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist es nicht nötig, allen Erklärungsversuchen zur Rechtfertigung der verfassungskonformen Auslegung bis ins einzelne nachzugehen; hier interessiert vorrangig, ob ihre Methode auf die gesetzeskonforme Auslegung des Rechtsgeschäfts übertragen werden kann.

### *§ 4 Die Legitimation der verfassungskonformen Auslegung als Vorbild der Rechtfertigung gesetzeskonformer Auslegung?*

Die Legitimation der verfassungskonformen Auslegung im Sinne eines konservierenden Prinzips<sup>3</sup> wird vom Bundesverfassungsgericht,<sup>4</sup> aber auch von übrigen Ge-

---

<sup>1</sup> MünchKomm/Mayer-Maly § 157, 15; Bogs S. 21; Bonck § 54, 14; a. A. Skouris DVBl 1977, 394; Meyer/Borgs § 54, 62.

<sup>2</sup> Vgl. die in Fn. 1 Genannten.

<sup>3</sup> Vgl. Schack JuS 1961, 270; zum Unterschied verfassungskonformer – verfassungsorientierter Auslegung auch schon § 1 II.

<sup>4</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 2, 266, 282; 2, 336, 340 f.; 7, 120, 126; 8, 210, 221; 9, 194, 200; 12, 45, 61; 19, 1, 5, 16; 19, 76, 84; 31, 119, 132; 32, 373, 383 f.; 33, 52, 65, anders aber die dissentierenden Richter S. 83; 33, 303, 338 ff.; 35, 263, 278 f.; 40, 272, 275; 41, 323, 326 f.; 44, 302, 306; 48, 40, 45 f.; 49, 148, 166 f.; 49, 252, 256; 49, 286, 301 ff.; 50, 115, 121 f.; 51, 304, 324; 54, 251, 273 ff.; BVerfG NJW 1982, 1509, 1510; de facto auch BVerfGE 41, 23, 27 f.; 50, 1, 3; 55, 37, 71; auch die Entscheidungen, die eine Anwendung der Maxime in concreto ablehnen, enthalten implizit eine Bestätigung der verfassungskonformen Auslegung als Grundsatz; vgl. z. B. BVerfGE 4, 331, 351; 8, 28, 34 f.; 8, 71, 78 f.; 9, 83, 87; 10, 59, 80; 18, 97, 111; 19, 242, 247; 19, 248, 253; 20, 162, 218; 21, 292, 305; 25, 296, 305; 38, 41, 49; 47, 46, 82; 52, 357, 368 f.; 53, 135, 146 f.; 55, 134, 143; BVerfG NJW 1979, 568.

richten,<sup>5</sup> als recht unproblematisch empfunden. Die Literatur ist dem großenteils im Ergebnis – wenn auch oft mit Modifikationen im einzelnen<sup>6</sup> – gefolgt, andererseits hat es an ablehnenden Stimmen nie gefehlt.<sup>7</sup> Daß trotz weitgehender Einmütigkeit nach wie vor eine Reihe von Schwierigkeiten, vor allem bei der Abgrenzung, bestehen, zeigt exemplarisch die Unsicherheit in der Behandlung von § 554 b Abs. 1 ZPO.<sup>8</sup>

### I. Vermutung der Gültigkeit eines Gesetzes

Insbesondere die frühe Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nahm an, daß für die Gültigkeit eines Gesetzes eine Vermutung spreche<sup>9</sup> und daß das dieser Vermutung zugrundeliegende Prinzip im Zweifel eine verfassungskonforme Auslegung verlange.<sup>10</sup> Zum Teil wurde die Vermutung auch subjektiv formuliert, also der Wille der beim Zustandekommen eines Gesetzes beteiligten Organe betont, keine grundrechtswidrigen Regelungen zu beschließen.<sup>11</sup> Im Anschluß an diese Formulierungen ist eine umfangreiche Kontroverse über Sinn und Umfang einer solchen Vermutung entstanden.

1. So wurde die Aussage des Gerichts dahin gehend interpretiert,<sup>12</sup> daß – statistisch gesehen – die Zahl der verfassungswidrigen Gesetze geringer sei als die, die mit dem Grundgesetz übereinstimmen. Dabei bleibt ungeklärt, wieso eine solche Wahrscheinlichkeit eine die Nichtigkeit vermeidende Auslegung legitimieren kann. Die Tatsache, daß die Mehrzahl der Gesetze der Verfassung entspricht, vermag das

<sup>5</sup> Vgl. z. B. BayVerfGHE 5, 19, 29; 5, 41, 53; BayVerfGH BayVBl 1958, 51, 53 f.; BVerwGE 6, 119, 125; BGHZ 51, 236, 247 ff.; BGHSt 13, 102, 116 ff.; BAG 1, 281, 286 ff.

<sup>6</sup> Vgl. z. B. *Bogs* S. 17 ff.; *Eckardt* S. 37 ff.; *Fuß* Festschrift für Schack S. 11 ff.; *Göldner* S. 26 ff.; *Haak* S. 157 ff.; *Herzog* BayVBl 1959, 276 f.; *J. Ipsen* S. 171, 187; *von Mangoldt/Klein* Einl. S. 11; *Michel* JuS 1961, 274 ff.; *Schack* JuS 1961, 269 ff.; *Spanner* AöR 91, 505; *Wank* JuS 1980, 547; *ders.* S. 97 ff.; *Zippelius* Festschrift BVerfG II S. 111.

<sup>7</sup> Vgl. z. B. *Burmeister* S. 77 ff., 107 ff., 118 ff., der dieses Prinzip jedenfalls für Normen ablehnt, die überwiegend verfassungswidriger Deutung zugänglich sind; *Pestalozza* NJW 1981, 2087.

<sup>8</sup> Vgl. § 2 Fn. 24.

<sup>9</sup> BVerfGE 2, 266, 282; ähnlich 8, 210, 220; 9, 338, 350; aus der Rechtsprechung des BVerwG z. B. E 8, 98, 103, wo dieses Prinzip allerdings nur zur Beseitigung noch bestehender Zweifel – also als verfassungsorientierte Auslegung – Eingang findet (dazu *Bachof* JZ 1962, 351); *Herzog* BayVBl 1959, 276; *Imboden* Festschrift für Huber S. 139; *Zippelius* Festschrift BVerfG II S. 111; *Enneccerus/Nipperdey* § 51 II 4 c = S. 319 mwN.; kritische Darstellungen z. B. bei *Bogs* S. 21; *Eckardt* S. 13, 38 f., 40; *Göldner* S. 45; *Haak* S. 184 f., 190; *Burmeister* S. 92 (die dort zitierten Entscheidungen betreffen aber fast ausschließlich nicht diesen Legitimationsversuch); *Wolff/Bachof* I § 28 Ib.

<sup>10</sup> BVerfGE 2, 266, 282; *Enneccerus/Nipperdey* § 51 II 4 c = S. 319.

<sup>11</sup> Vgl. BVerfGE 4, 157, 168 für einen völkerrechtlichen Vertrag; BGHZ 31, 244, 252; ähnlich *Friauf* AöR 85, 230, der vermutet, daß der Gesetzgeber eine seiner Verfassung entsprechende Auslegung will; *Eckardt* S. 40 Fn. 10; vgl. auch *Maunz* BayVBl 1980, 513 und *Michel* JuS 1961, 274, die aber beide diese Vermutung ablehnen.

<sup>12</sup> *Bogs* S. 21; ablehnend zu dieser Begründung *Burmeister* S. 105; *Skouris* S. 98 f.

konservierende Prinzip schon deshalb nicht zu begründen, weil sie dann folgerichtig jeder Nichtigerklärung entgegenstünde.

2. Ebensowenig kann die Vermutung als eine verfahrensrechtliche Maxime verstanden werden, wonach die Gerichte das Gesetz anzuwenden hätten, wenn sie bei der Überprüfung tatsächlicher Voraussetzungen für den Normerlaß bei der verfassungsrechtlichen Kontrolle zu einem *non liquet* kämen.<sup>13</sup> Diese Interpretation deckt nur einen ganz geringen Teil der Fälle, in denen eine verfassungskonforme Auslegung in Frage kommt. Eine sachgerechte Lösung dieses Problems läßt sich zudem nur anhand der Grundsätze der Rechtmäßigkeit von Prognoseentscheidungen des Gesetzgebers finden;<sup>14</sup> in solchen Fällen kann jedoch nicht undifferenziert mit einer Vermutung der Verfassungsmäßigkeit gearbeitet werden. Das ergibt sich schon daraus, daß solche zukünftigen Entwicklungen weder vom Gesetzgeber noch vom Gericht antizipierbar sind, daß aber andererseits der Gesetzgeber bei sich abzeichnender anderslaufender Entwicklung die gesetzliche Regelung überprüfen muß, auch wenn eine solche Entwicklung im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes nicht vorhergesehen werden konnte.<sup>15</sup>

3. Es bietet sich an, die Vermutung als eine Zweifelsregel zu verstehen, falls der Richter von der Verfassungswidrigkeit nicht überzeugt sein sollte,<sup>16</sup> verbunden mit der Mahnung, dem Gesetzgeber einen weiten Ermessensspielraum zuzugestehen.<sup>17</sup>

a) Ein solches Verständnis übersieht, daß Vermutungen im technischen Sinn ihren Platz nicht bei der Rechtsfindung, sondern nur bei der Tatsachenermittlung haben.<sup>18</sup> Nur dort kann sich die Frage stellen, welche Konsequenzen aus der Unaufklärbarkeit zu ziehen sind; Rechtsfragen darf dagegen das Gericht nicht unbeantwortet lassen.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> So aber *Maunz* in *Maunz/Dürig* Art. 100, 35.

<sup>14</sup> Vgl. dazu BVerfGE 33, 171, 189 f.; 37, 104, 118; 43, 291, 321; 49, 89, 126 ff.; 54, 11, 37; *Pestalozza* Festschrift BVerfG I S. 541; *Rupp-von Brünneck* AöR 102, 16; *Seetzen* NJW 1975, 429 ff.

<sup>15</sup> BVerfGE 25, 1, 13; 49, 89, 130; 50, 290, 335.

<sup>16</sup> *Bogs* S. 21; *Bachof* JZ 1962, 351, der zwar die Annahme einer Beweislastregel ablehnt, aber Verfassungsmäßigkeit bejaht, wenn sich das Für und Wider die Waage halte; *Eckardt* S. 40 f. „gewichtige Argumente, nicht bei bloßen Zweifeln“; *J. Ipsen* S. 156; a. A. *Bonner Kommentar/Stern* Art. 100, 168 mwN.; *Göldner* S. 44 Fn. 9; *Skouris* S. 98 f.; *Wank* S. 106 f.; kritisch zum Wert von Vermutungen in diesem Zusammenhang bereits *C. Schmitt* Hdb. DStR. II S. 602 f.

<sup>17</sup> *Bogs* S. 21; *Lerche* S. 333, der in Fn. 51 richtig darauf hinweist, daß das Problem der Prüfungsmaßstab sei.

<sup>18</sup> BGH NJW 1973, 2207, 2209; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* vor § 284, 4 A; *Stein/Jonas/Schumann/Leipold* § 282 IV 4 a; *Thomas/Putzo* vor § 284, 7 a; *Burmeister* S. 95; *Fuß* Festschrift für Schack S. 16; *Michel* JuS 1961, 274. Das wird besonders deutlich bei *P. Schneider*, 100 Jahre Deutscher Juristentag II S. 267, der diese Vermutung befürwortet. Es bleibt unklar, welche juristische Bedeutung diese Vermutung hat, insbesondere, wie sie widerlegt werden soll. Daß die Verfassungsverletzung zu beweisen sei, meint dagegen *Imboden* Festschrift für Huber S. 139.

<sup>19</sup> Vgl. *Engisch* S. 155; *H. P. Schneider* NJW 1980, 2104. – Auch *Staudinger/Schlosser* § 9, 20, *Graba* § 9, 60 mwN., *Brandner* § 9, 86 betonen, daß die „Zweifelsregelung“ in § 9 Abs. 2

Erst recht wäre es aber unzulässig, die Vermutung als unwiderlegliche anzusehen.<sup>20</sup> Das liefe auf eine völlige Entwertung der Normenkontrolle hinaus; die Feststellung eines Verfassungsverstosses wäre ja gerade nicht mehr möglich.

b) Wenig überzeugend ist es zu verlangen, der Verfassungsverstoß müsse evident sein; anderenfalls sei das Gesetz aufrechtzuerhalten.<sup>21</sup> Denn bei Rechtsfragen kann es keine Rolle spielen, wie offensichtlich der Verstoß gegen eine höherrangige Norm ist. Auch eine „versteckte“ Verfassungswidrigkeit ist eine Verfassungswidrigkeit.

In dieser Ansicht steckt zwar ein richtiger Aspekt, nämlich die Frage, ob und inwieweit ein gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum anzuerkennen ist, welche Schranken dem Gesetzgeber also wegen der Grundrechte vorgegeben sind. Interpretiert als Vermutung vermag dieser Gesichtspunkt nichts zur Rechtfertigung der verfassungskonformen Auslegung beizutragen.<sup>22</sup>

c) Man kann die Vermutung auch nicht rechtfertigen, indem man annimmt, sie beziehe sich darauf, daß die Norm vom Gesetzgeber in dem verfassungsgemäßen Sinn verstanden würde, also auf eine reine Tatsache.<sup>23</sup> Bei der Interpretation kommt es nicht nur auf den subjektiven Willen des Gesetzgebers an.<sup>24</sup> Zudem ist nach der Bedeutung einer solchen Vermutung zu fragen. Wohl unhaltbar wäre, aus ihr zu folgern, daß ein Gesetz nur dann nichtig sei, wenn die Vermutung widerlegt würde. Das hieße, den Nachweis zu verlangen, der Gesetzgeber habe subjektiv eine der Verfassung widersprechende Norm beschließen wollen; erst dann könnte ein Gesetz für nichtig erachtet werden. „Gutgläubige“ Verstöße gegen die Verfassung wären bei dieser Interpretation sanktionslos. Zusätzlich würde der Unterschied zwischen Rechts- und Tatsachenermittlung verwischt.<sup>25</sup> Schließt man aber aus der so verstandenen Vermutung, daß das Maximum der Intentionen des Gesetzgebers aufrecht zu erhalten sei, so bedeutet das lediglich eine Paraphrasierung des Ergebnisses; allenfalls ist die Vermutung als Mahnung zu verstehen, die Autorität des Gesetzes bzw. des Gesetzgebers zu achten.<sup>26</sup>

---

AGBG keine Bedeutung habe, da es um eine Rechtsfrage gehe, die ohne Rücksicht auf die Beweislast zu entscheiden sei. Die Gegenmeinung (*Trinkner* BB 1973, 1502) ist abzulehnen, da sie der richterlichen Aufgabe der Rechtsfindung widerspricht (so auch *Staudinger/Schlosser* aaO.).

<sup>20</sup> *Haak* S. 192; *Wolff/Bachof* I § 28 Ib mwN.; vgl. dazu schon *C. Schmitt* Hdb. DStR. II S. 602.

<sup>21</sup> So aber *Ehmke* VVDStRL 20, 45, 74 f.; *Wank* S. 107.

<sup>22</sup> Auf der Vermengung dieser beiden Aspekte beruht wohl die Meinung von *Wank* S. 107, was auch aus der Zitierung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 3 GG deutlich wird.

<sup>23</sup> So *Eckardt* S. 40 Fn. 10; vgl. auch *Michel* JuS 1961, 276 und schon RGZ 74, 69, 72. Ebenso wäre es nicht angängig, die Vermutung so zu verstehen, daß der Gesetzgeber eine präventive Kontrolle anhand der Verfassung vorgenommen habe, wenn das hieße, daß das Bundesverfassungsgericht nur diese Kontrolle rekonstruieren könnte.

<sup>24</sup> St. Rechtsprechung, vgl. z. B. BVerfGE 53, 207, 212 mwN.; *Larenz* Methodenlehre S. 302 ff.; *Göldner* S. 48 ff.

<sup>25</sup> *Fuß* Festschrift für Schack S. 16 Fn. 36.

<sup>26</sup> Vgl. unten § 4 IV.

d) Zu keinem anderen Ergebnis könnte der Hinweis führen, bereits das Gesetz sehe sog. Rechtsvermutungen vor, z. B. in §§ 891, 1006, 2365 BGB. Auch in diesen Fällen können Rechte nicht unmittelbar der Gegenstand eines Beweises sein,<sup>27</sup> sondern nur Tatsachen.<sup>28</sup> Vom Vermutungsbegünstigten kann zwar nicht die Behauptung der rechtsbegründenden Umstände verlangt werden. Denn die Rechtsvermutung stellt ihn nicht nur vom Beweis der Voraussetzungen seines Rechts, sondern auch schon von der Substantiierung frei.<sup>29</sup> Andererseits aber ist es ihm nicht erlassen, sich zu Behauptungen des Vermutungsgegners zu äußern.<sup>30</sup> Damit werden die Rechtsvermutungen in Tatsachenvermutungen übergeführt,<sup>31</sup> sie bedeuten im Endeffekt Beweislastregeln<sup>32</sup> für die Ermittlung von Tatsachen; der Vermutungsgegnern kann sie durch den Beweis des Gegenteils widerlegen.<sup>33</sup>

e) Für eine Ausnahme, in der eine Vermutung ihren Stellenwert hat, bleibt nur insoweit Platz, als es um Fehler beim Zustandekommen des Gesetzes infolge eines Verstoßes gegen Verfahrensvorschriften geht. Hier kann die Vermutung Zweifel beseitigen, wenn Tatsachen, die den äußeren Ablauf des Gesetzesbeschlusses betreffen, nicht bewiesen werden können.<sup>34</sup> Aber auch in diesem Ausnahmefall ließe sich das Prinzip der verfassungskonformen Auslegung nicht durch die Vermutung legitimieren. Liegen formelle Mängel vor, ist das Gesetz in toto nichtig, anderenfalls aber gültig, ohne daß dies die Auslegung zu beeinflussen vermöchte. Insbesondere ist der Schluß von der formellen Verfassungsmäßigkeit auf die materielle Verfassungsmäßigkeit keineswegs zwingend.<sup>35</sup>

4. Da es eine Unterscheidung in nichtige und vernichtbare Normen nicht gibt,<sup>36</sup> scheidet auch die Möglichkeit aus, die Ungültigkeit eines Gesetzes von der Feststellung der Nichtigkeit oder der Ungültigerklärung durch ein Gericht abhängig zu

<sup>27</sup> *Leipold* S. 94; *Medicus* Festschrift für Baur S. 65.

<sup>28</sup> *Stein/Jonas/Schumann/Leipold* § 292 I 4b mwN., 4 d.

<sup>29</sup> *Hadding* JuS 1972, 184; *Leipold* S. 95 f. mwN.; *Stein/Jonas/Schumann/Leipold* § 292 II 2; *Baumgärtel/Wittmann* JR 1978, 21.

<sup>30</sup> *Leipold* S. 97; *MünchKomm/Medicus* § 1006, 16; *Medicus* Festschrift für Baur S. 78; *Baumgärtel/Wittmann* JR 1978, 20 f.; auch BGH WM 1964, 788 mwN.; *FamRZ* 1970, 568 nimmt an, daß sich der Vermutungsbegünstigte äußern müsse.

<sup>31</sup> *Leipold* S. 95; *Soergel/Mühl* § 1006, 23.

<sup>32</sup> *Leipold* S. 99 mwN.; *Rosenberg* S. 230; *MünchKomm/Medicus* § 1006, 22.

<sup>33</sup> *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* § 292, 2 B; *Stein/Jonas/Schumann/Leipold* § 292 II 2; *Thomas/Putzo* § 292, 2b.

<sup>34</sup> Ein Beispiel dafür bietet BVerfGE 44, 308, 320, wo das Gericht ausgesprochen hat, daß für eine ausreichende Repräsentation des Volkes durch die Abgeordneten bei Schlußabstimmungen im Bundestag eine Vermutung spreche. Diese sei widerlegbar, wenn nachgewiesen werde, daß die Mehrheit der Abgeordneten aus tatsächlichen Gründen am Erscheinen gehindert gewesen sei, obwohl die Entscheidung nicht hinreichend vorbereitet gewesen oder bei den Vorbereitungen kein Konsens erzielt worden sei. Hier könne man, falls sich die genauen Umstände nicht aufklären ließen, aufgrund der Vermutung von einer ordnungsgemäßen Verabschiedung des Gesetzes ausgehen.

<sup>35</sup> *Michel* JuS 1961, 274; *Wank* S. 107.

<sup>36</sup> *Haak* S. 169; *Wolff/Bachof* I § 28 1b mwN.; vgl. dazu schon *C. Schmitt* Hdb. DStR. II S. 602.

machen, wie dies in Anlehnung an die Lehre vom Verwaltungsakt als Möglichkeit zur Interpretation der Vermutung vorgeschlagen wurde.<sup>37</sup> Hinzu kommt, daß im Rahmen gerichtlicher Prüfung die Bestandskraft keine Bedeutung hat (soweit der Verwaltungsakt Streitgegenstand ist), da die Gerichte an sie gerade nicht gebunden sind.<sup>38</sup>

Schließlich ist die Bestandskraft von Verwaltungsakten Folge gesetzgeberischer Anordnung, nämlich der Fristvorschriften der §§ 58, 70, 74 VwGO. Eine solche, die Bestandskraft eines Gesetzes garantierende Vorschrift fehlt im Verfassungsrecht. § 93 Abs. 2 BVerGG hindert nämlich die Inzidentkontrolle im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde und die abstrakte wie konkrete Normenkontrolle nach Art. 93 Nr. 2 bzw. Art. 100 Abs. 1 GG nicht.

5. Nicht gesagt ist damit freilich, daß die mit der Vermutung zusammenhängenden und zu ihrer Rechtfertigung herangezogenen Gedanken der Rechtssicherheit<sup>39</sup> und Beachtung der Regelungskompetenz sowie der Autorität des Gesetzgebers<sup>40</sup> keine Rolle spielten. Diese Überlegungen sind aber nicht geeignet, über die dogmatische Figur einer *Vermutung* die verfassungskonforme Auslegung zu legitimieren.

6. Erweist sich somit schon auf der Ebene der *verfassungskonformen* Auslegung, daß die Vermutung keinen tragfähigen Gedanken darstellt, so gilt dies erst recht für die *gesetzeskonforme* Auslegung. Ob und inwieweit eine statistische Wahrscheinlichkeit für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts spricht, ist nicht abstrakt klärbar; sie könnte aber keinesfalls als Legitimation dienen. Was das Problem angeht, wie die Vermutung zu widerlegen ist, so gelten die genannten Bedenken<sup>41</sup> auch für die Frage, ob die Rechtmäßigkeit eines Rechtsgeschäfts vermutet werden kann;<sup>42</sup> eine „Bestandskraft“ ist bei Rechtsgeschäften in der Regel ohnehin unbekannt.<sup>43</sup> Auch die Vermutung, ein Rechtsgeschäft sei ordnungsgemäß zustande gekommen, gibt es nach deutschem bürgerlichen Recht nicht; vielmehr sind im Zweifel die tatbestandlichen Voraussetzungen durch den Hauptbeweis darzutun. Dabei kann das Gesetz hinsichtlich einzelner Tatbestandsmerkmale zwar die Umkehr der Beweislast vorsehen; das ist z. B. in den §§ 104 ff. BGB geschehen. Auch hier handelt es sich aber nicht um die Begründung des konservierenden Prinzips; die Regelungen enthalten nämlich keine Vorschriften für die Auslegung und Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts.

<sup>37</sup> Vgl. Götz NJW 1960, 1179; Haak S. 188, 190; a. A. Burmeister S. 97; Michel JuS 1961, 274.

<sup>38</sup> Burmeister S. 99.

<sup>39</sup> Zippelius Festschrift BVerfG II S. 111.

<sup>40</sup> Vgl. Meder S. 64 und oben § 4 I 3 pr. sowie unten § 4 IV.

<sup>41</sup> Vgl. oben § 4 I 3.

<sup>42</sup> Zu Recht ablehnend Lerche S. 333 Fn. 51.

<sup>43</sup> Ob beim verwaltungsrechtlichen Vertrag insoweit eine Ausnahme anzuerkennen ist, mag hier dahinstehen (vgl. dazu statt aller Büchner S. 68 ff. mwN., der mit der h. M. eine Bestandskraft ablehnt). Im übrigen bedeutet die Bestandskraft nur die Unbeachtlichkeit einer Reihe von Verstößen gegen eine Rechtsvorschrift (Kopp VwVfG § 59, 2), vermag aber das konservierende Prinzip nicht zu begründen.



## II. Umfang des Prüfungsgegenstandes

Das Argument, Prüfungsgegenstand sei immer die Norm als ganze, im vollen Umfang ihrer Anwendungsmöglichkeiten,<sup>44</sup> setzt das Ergebnis schon voraus. Denn die *Möglichkeit* einer Teilnichtigkeitsklärung bedeutet ja nicht schon die *Richtigkeit* dieses Vorgehens. Dies gilt ebenso bei der Überprüfung von Rechtsgeschäften, insbesondere, wenn sich daraus im Rahmen gegenseitiger Verträge eine Modifizierung von Rechten und Pflichten ergibt. Zudem zeigt § 139 BGB, wenn er wörtlich interpretiert wird, daß die vorgeschlagene Schlußfolgerung keineswegs zwingend ist.

## III. Verbot grundgesetzwidriger Rechtsfindung

1. Als ähnlich untauglich zur Rechtfertigung der verfassungskonformen Auslegung erweist sich das in Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG statuierte Verbot einer grundrechtswidrigen Rechtsfindung, gepaart mit dem Grundsatz der Bindung des Richters an Gesetz und Recht.<sup>45</sup> Denn für sich allein genommen, bedeutet diese Maxime nicht, daß das konservierende Prinzip der (Total-)Nichtigkeitsklärung vorzugehen habe. Ein nichtiges Gesetz wäre gerade nicht in die Rechtsordnung inkorporiert und entfaltete schon deswegen keine Bindungswirkung gemäß Art. 20 Abs. 3 GG.

Ebenso wäre dem zwingenden Recht dadurch Rechnung getragen, daß das mit ihm kollidierende Rechtsgeschäft als (total)nichtig angesehen wird. Ohne hier auf die Frage eingehen zu müssen, ob und inwieweit die *lex contractus*<sup>46</sup> als Bestandteil der Rechtsordnung angesehen werden kann, stünde die Bindung an diese Rechtsordnung jedenfalls einer Totalnichtigkeitsklärung nicht im Wege.

2. Dieselben Vorbehalte sind auch gegenüber dem Argument zu machen, schon die Einheit der Rechtsordnung lasse nur eine Auslegung zu, die mit der Verfassung in Einklang zu bringen sei.<sup>47</sup> Diese Einheit wird auch bei Nichtigkeitsklärung des Gesetzes gewahrt.<sup>48</sup> Der Gedanke wäre nur überzeugend, wenn das Gesetz trotz des möglichen Verstoßes gegen höherrangiges Recht als Bestandteil der Rechtsordnung angesehen werden könnte, was aber seinerseits erst der Legitimation bedürfte. Freilich ist einzuräumen, daß die Abgrenzung zwischen verfassungsorientierter und verfassungskonformer Auslegung oft schwer zu ziehen ist, sich deshalb auch bei dieser das Argument der Einheit der Rechtsordnung anbietet, das bei der verfassungsorientierten Auslegung meist kritiklos akzeptiert wird.<sup>49</sup> Dieser Ansatzpunkt

<sup>44</sup> Zippelius Festschrift BVerfG II S. 111.

<sup>45</sup> Dieses Verbot sehen aber als Legitimation der verfassungskonformen Auslegung an *Ben-der* MDR 1959, 445; *Bogs* S. 24; *Haak* S. 122 f.

<sup>46</sup> Vgl. dazu z. B. *Larenz* AT § 2 II e (= S. 36 mit Fn. 1).

<sup>47</sup> *BayVerfGHE* 5, 19, 29; *Bogs* S. 22 f.; *Eckardt* S. 14, 44; *Imboden* Festschrift für Schack S. 142; *Zippelius* Festschrift BVerfG II S. 109; ebenso mit geringfügigen Modifikationen *Michel* JuS 1961, 275 f.

<sup>48</sup> *Wank* S. 106.

<sup>49</sup> Vgl. statt vieler *Wank* S. 97 ff. mwN.

vermag aber ohne weitere Differenzierung nicht zu überzeugen. Selbst wenn eine bestimmte Interpretation eher dem Grundgesetz entspricht als eine andere, ebenfalls nicht gegen die Verfassung verstoßende Auslegung, so ist damit keineswegs automatisch jene vorzuziehen. Beispielsweise kann der klare Wortlaut der Norm dagegen sprechen, was insbesondere dann der Fall sein wird, wenn das Gesetz das Ergebnis eines lang umkämpften Kompromisses darstellt.<sup>50</sup> So ist denn auch anerkannt, daß eine gesetzliche Normierung nicht schon dann zu verwerfen ist, wenn sich eine Gestaltung denken läßt, die der Verfassung eher entsprochen hätte, solange sich jene im Rahmen des Grundgesetzes hält.<sup>51</sup> Dasselbe muß auch gelten, wenn es um die Auslegung geht und beispielsweise der im Wortlaut manifestierte gesetzgeberische Wille die stärker an der Verfassung orientierte Auslegung verbietet. Das heißt auf der anderen Seite, daß die Einheit der Rechtsordnung, die an sich diese Interpretation nahelegen würde, keine hinreichende Begründung für eine entsprechende Auslegung bietet. Nichts anderes gilt für die verfassungskonforme Auslegung; auch sie ist von der Einheit der Rechtsordnung nicht notwendig gefordert. Es kommt hinzu, daß in Fällen, in denen ein entsprechender Spielraum des Gesetzgebers nicht oder nur in eingeschränktem Rahmen besteht, die nicht der Verfassung entsprechenden Interpretationsalternativen auszuschneiden haben.<sup>52</sup> Obwohl es hier vordergründig nur darum geht, dem Grundgesetz zur Geltung zu verhelfen,<sup>53</sup> also um eine verfassungsorientierte Auslegung, könnte in solchen Fällen der Einheit der Rechtsordnung, wenn auch nicht dem Postulat einer sinnvollen Regelung, durch Totalnichtigkeitserklärung Rechnung getragen werden. Diese Überlegung gilt analog für das Rechtsgeschäft; selbst wenn objektives Recht bei der Auslegung zu berücksichtigen sein sollte, können andere Argumente gerade eine möglichst weitgehende Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die einseitig eine Partei begünstigen, erfordern.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Vgl. z. B. *Wochner* NJW 1979, 2509, der die vom Bundesverfassungsgericht angedeutete Ergänzung des § 287 AO durch Art. 13 Abs. 2 GG ablehnt, weil eine bewußte anderslautende Entscheidung des Gesetzgebers vorliege. Das ist im konkreten Fall nicht zutreffend, weil es im Hinblick auf Art. 13 Abs. 2 GG für den Gesetzgeber gar keine andere Möglichkeit gibt und nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber auf die in § 287 AO kodifizierten Befugnisse der Vollstreckungsbeamten verzichten will (im Ergebnis so auch BVerfGE 57, 346, 355f., das allerdings auf diese Problematik nicht eingeht, sondern die Entscheidung nur damit begründet, daß Art. 13 Abs. 2 GG unmittelbar geltendes und anzuwendendes Recht sei). *Wochner* ist aber darin zuzustimmen, daß solche Entscheidungen des Gesetzgebers in anderen Fällen Beachtung verdienen, soweit sie sich im Rahmen des von der Verfassung gewährten Spielraumes halten; so auch BVerfGE 57, 361, 388f., das auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hinweist und deshalb eine einschränkende Auslegung des § 1579 Abs. 2 BGB ablehnt.

<sup>51</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 14, 221, 238; 15, 167, 201; 19, 354, 367; 23, 12, 24f.; 36, 102, 117; 38, 154, 166; 54, 11, 26. Das Bundesverfassungsgericht hat danach nicht zu prüfen, ob der Gesetzgeber die gerechteste und zweckmäßigste Regelung getroffen hat, ob er also beispielsweise die am besten dem Art. 3 GG entsprechende Lösung gefunden hat, sondern nur, ob die Grenzen des Gestaltungsspielraums eingehalten sind.

<sup>52</sup> *Gärtner* BB 1970, 1363; *Seetzen* NJW 1976, 2001.

<sup>53</sup> Vgl. § 1 Fn. 7 (Einwirkung der Grundrechte auf das Verfahrensrecht).

<sup>54</sup> Vgl. vorläufig nur *Löwe* § 5, 5 und genauer unten § 8 I 1 a und § 18 III.

## IV. Autorität des Gesetzgebers

Verknüpft man allerdings den letzten Gedanken mit dem Argument, es sei die Autorität des Gesetzgebers<sup>55</sup> oder – objektiv gefaßt – des Gesetzes<sup>56</sup> zu achten, so gewinnt man eine tragfähige Argumentationsbasis. In diesem Augenblick nämlich läßt sich sagen, daß es angebracht ist, das Maximum dessen aufrechtzuerhalten, was im Wege des förmlichen Gesetzgebungsverfahrens oder darauf aufbauend beschlossen wurde. Es ist das ein ähnlicher Gedanke, wie er auch in Art. 100 Abs. 1 GG seinen Niederschlag gefunden hat. Das Verwerfungsrecht ist beim Bundesverfassungsgericht monopolisiert, um der Autorität des formellen, nachkonstitutionellen Gesetzes Rechnung zu tragen.<sup>57</sup>

1. Die Achtung vor dem Gesetz folgt aus der vom Grundgesetz vorgesehenen Kompetenzverteilung. Nach dessen Konzeption ist der Gesetzgeber in erster Linie zur Konkretisierung der vorhandenen Gerechtigkeitsvorstellungen berufen.<sup>58</sup> In diesem Zusammenhang gewinnen auch die Argumente ihren Stellenwert, die auf die vielfachen Vorkehrungen des Gesetzgebungsverfahrens zur Sicherung des Verfassungsrechts, auf die unterschiedlich dichten Filter hinweisen.<sup>59</sup> Der Kompetenzverteilung wird im Grundsatz dadurch Rechnung getragen, daß von der gesetzlichen Regelung aufrechterhalten wird, was im Hinblick auf die vorrangige Regelung der Verfassung aufrechterhalten werden kann.

Wenn dagegen eingewandt wird, generell sei die Autorität des Gesetzgebers besser geachtet, wenn das Gesetz in toto kassiert werde,<sup>60</sup> so ist das nicht richtig. Im Fall der Totalnichtigkeit fehlt eine Bindung an den gesetzgeberischen Willen gänzlich. Legt man beispielsweise § 80 Abs. 6 Satz 2 VwGO verfassungskonform aus,<sup>61</sup> so bleibt der Behörde eine Beschwerde verwehrt. Bei Totalnichtigkeit wäre dieses Ziel des Gesetzgebers nicht mehr gesetzlich verankert.

Auch die Autoren, die das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung als tragend für die Legitimation der verfassungskonformen Auslegung wie auch der verfassungs-

<sup>55</sup> Haak S. 185; dazu auch Göldner S. 45f.; damit ist allerdings nicht die Autorität des Staates gemeint, was aber wohl Wank S. 106 annimmt.

<sup>56</sup> Eckardt S. 41f.; Gärtner BB 1970, 1363; Michel JuS 1961, 276, der darauf hinweist, daß der Verfassung keine die rangniedrigere Norm vernichtende Tendenz innewohnt; Imboden Festschrift für Huber S. 142; Rupp-von Brünneck AöR 102, 11. Nicht richtig ist allerdings, wenn Imboden aaO. meint, verfassungskonforme Auslegung beinhalte nur dann die Einnengung der Nichtigkeitsfolgen, wenn man sie auf die Autorität des Gesetzes stütze.

<sup>57</sup> Vgl. Hesse § 19 II 3b: Art. 100 Abs. 1 GG will verhindern, daß sich jedes Gericht über den Willen des Bundes- oder Landesgesetzgebers hinwegsetzen könne; Michel JuS 1961, 276; Rupp-von Brünneck AöR 102, 11; Wank S. 110 mwN. in Fn. 124.

<sup>58</sup> Vgl. Haak S. 191; Meder S. 64 mwN.; Roellecke VVDStRL 34, 35; Zippelius Festschrift BVerfG II S. 113, 117f.

<sup>59</sup> Vgl. J. Ipsen S. 156 mwN. Ipsen selbst verwendet diese Begründung allerdings fälschlicherweise zur Stützung der Vermutung der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes; dagegen schon oben § 4 I 3.

<sup>60</sup> Burmeister S. 83 Fn. 298.

<sup>61</sup> Vgl. BVerfGE 35, 263, 279f.

konformen Rechtsfortbildung herausarbeiten,<sup>62</sup> greifen implizit auf die Autorität des Gesetzes zurück. Die Durchdringung der herkömmlichen Auslegungsmethoden durch die verfassungskonforme Auslegung<sup>63</sup> wie auch der Gedanke der rechtshierarchischen Interpretationseinheit<sup>64</sup> basieren notwendigerweise auf der Respektierung des Gesetzes als Teil der Rechtsordnung – auch wenn die Übereinstimmung des Gesetzes mit höherrangigen Normen zunächst fraglich erscheinen mag. Jedenfalls in Kollisionsfällen wäre dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung auch durch Totalnichtigkeit Rechnung getragen.<sup>65</sup>

Freilich ist damit nur ein Argumentationsgesichtspunkt für die Entscheidung gewonnen, ob ein Gesetz in verfassungskonformem Umfang aufrechterhalten werden kann. Auf keinen Fall läßt sich in diesem Zusammenhang von einer Umkehr der Beweislast sprechen. Der die Gültigkeit des Gesetzes Bestreitende hat allenfalls die Argumentationslast zu tragen,<sup>65a</sup> wobei ihm andere Gesichtspunkte zur Seite stehen können, insbesondere der Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers.<sup>66</sup>

2. Für das Rechtsgeschäft bedeutet das die Frage, ob auch den Parteien aufgrund des Grundsatzes der Privatautonomie dieser Respekt entgegengebracht werden muß, also ein Maximum ihrer Regelung aufrechtzuerhalten ist. Während man aber beim Gesetz noch von einer mehr oder weniger weitgehenden Richtigkeitsgewähr ausgehen kann, gilt das beim Rechtsgeschäft nicht in demselben Maße. Ein solches Postulat mag angehen, wenn die Parteien wirtschaftlich gleich stark sind. In dem Augenblick aber, in dem die Gewichte zugunsten einer Partei ungleich verteilt sind, erweist sich dieser Legitimationsansatz allein als nicht hinreichend.<sup>67</sup> Die Beispiele, an denen sich das zeigen läßt, reichen vom Arbeitsrecht über das Mietrecht bis zum Recht der AGB. Dann aber läßt sich nicht mehr davon sprechen, die Regelungsmacht der Parteien erfordere in jedem Fall eine möglichst weitgehende Aufrechterhaltung der Rechtsgeschäfte.<sup>68</sup> Fehlt nämlich in einer Reihe von Rechtsgeschäften die Richtigkeitsgewähr oder -chance, so erscheint es zumindest erwägenswert, eine Reduktion auf das gesetzeskonforme Maß abzulehnen, durch die die Gerichte sich zum Helfer der wirtschaftlich überlegenen Partei machen könnten.<sup>69</sup> Jedenfalls bedarf es darüber hinausgehend einer genauen Analyse der beteiligten Interessen.

<sup>62</sup> Z. B. Göldner S. 52 ff., 74 ff.; wohl auch Schmidt-Salzer DÖV 1969, 98.

<sup>63</sup> Göldner S. 65 ff. für die verfassungskonforme Auslegung, S. 80 ff. für die verfassungskonforme Rechtsfortbildung.

<sup>64</sup> Göldner S. 74 mwN.

<sup>65</sup> Vgl. § 4 III 2.

<sup>65a</sup> Vgl. z. B. BVerfG NJW 1982, 565, 566: „Diese gesetzgeberische Prämisse . . . läßt sich nicht widerlegen.“

<sup>66</sup> Vgl. § 4 V.

<sup>67</sup> Kramer Krise S. 38; Schmidt-Rimpler AcP 147, 157 ff.

<sup>68</sup> Abschreckendes Beispiel mag die bei Kramer Krise S. 17 f. besprochene Entscheidung des öOGH sein, in der es als Prinzip der Vertragsfreiheit verstanden wurde, daß über alles kontrahiert werden könne, ohne Rücksicht darauf, ob wenigstens ein einigermaßen ausgewogenes Gleichgewicht bei der Festlegung der Bedingungen herrsche.

<sup>69</sup> Vgl. vorläufig statt aller Lindacher AcP 173, 124 ff.; genauer unten § 18 III.

## V. Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers

1. Respektierung der Autorität des Gesetzes heißt freilich auch, daß der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung Schranken gesetzt sind, die sich insbesondere aus dem Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers – also dem Argument der Gewaltenteilung – ergeben.<sup>70</sup> Das gilt vor allem, wenn das Gesetz als Ganzes in einem unlösbaren Zusammenhang steht und als Gesamtregelung derart konzipiert war, daß die Gewährung von Rechten und die Auferlegung von Pflichten voneinander abhingen. Zurückhaltung ist geboten, wenn zur Beseitigung des Verstoßes eine Vielzahl von Alternativen eröffnet ist. Demzufolge hat das Bundesverfassungsgericht seine Kompetenz, einen verfassungskonformen Gesetzesinhalt zu finden, nur in Fällen bejaht, in denen lediglich *eine* Möglichkeit gegeben war.<sup>71</sup> Ebenso ist anerkannt, daß die verfassungskonforme Auslegung nicht das gesetzgeberische Ziel in einem wesentlichen Punkt verfehlen oder verfälschen darf.<sup>72</sup> Diese Grundsätze besagen im wesentlichen nur, daß auch die Gerichte den Vorrang des Gesetzes zu achten haben. Die wesentlichen Entscheidungen hat der Gesetzgeber zu treffen; das gilt sowohl im Verhältnis Legislative – Exekutive als auch in der Beziehung Legislative – Judikative.<sup>73</sup>

Das höherrangige Recht kann freilich eine derart präzise Regelung treffen, daß dem Gesetzgeber seinerseits kein Spielraum verbleibt. Da beispielsweise Art 103 Abs. 1 GG das Recht auf rechtliches Gehör vor Gericht vorsieht, steht dem Gesetzgeber in dieser Hinsicht keine Gestaltungsmöglichkeit zur Verfügung. Insofern läßt sich davon sprechen, daß die Pflicht zur Anhörung direkt aus dem Grundgesetz folgt,<sup>74</sup> weswegen auch eine Nichtigerklärung niederrangigen Rechts, das entspre-

<sup>70</sup> Vgl. dazu BVerfGE 8, 28, 34f.; 50, 217, 233f.; Göldner S. 182f., 208, 237; Hesse § 2 IV; Michel JuS 1961, 279; Larenz Methodenlehre S. 332; H. P. Schneider DÖV 1975, 448; Spanner AöR 91, 510; Roellecke VVDStRL 34, 35; Wank S. 111; Zippelius Festschrift BVerfG II S. 115, 117ff.

<sup>71</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 17, 148, 152f.; 18, 288, 302; 22, 163, 175; 22, 349, 362; 23, 1, 10f.; 36, 126, 136f.; 50, 217, 233f. (wo wegen des engen Zusammenhangs die Teilnichtigkeitsklärung der betreffenden Regelung abgelehnt wurde) jeweils zu Art. 3 GG; aus der Literatur z. B. Zippelius Festschrift BVerfG II S. 122. – Mit dem Argument des gesetzgeberischen Spielraums hat BVerfGE 52, 369, 379 die Nichtigerklärung einer gleichheitssatzwidrigen Begünstigung abgelehnt. – Bei einer (wiederum gegen Art 3 GG verstoßenden) Neuregelung eines nichtigen Gesetzes kann sich die Beschränkung auf praktisch eine Möglichkeit ergeben, die dann vom Bundesverfassungsgericht ausgesprochen werden kann, vgl. BVerfG E 55, 100, 111ff.

<sup>72</sup> BVerfGE 8, 28, 34; 8, 71, 78.

<sup>73</sup> Vgl. z. B. BVerfG E 56, 1, 21; 57, 220, 248f. So auch BGH NJW 1981, 1726, 1727: Der Senat griffe in den Zuständigkeitsbereich des Gesetzgebers ein, würde er entgegen der klaren gesetzlichen Regelung eine Ausfallhaftung des Staates bejahen.

<sup>74</sup> BVerfGE 8, 253, 255f.; 53, 109, 115; Bonner Kommentar/Rüping Art. 103 I, 21; Dürig in Maunz/Dürig Art. 103 I, 23 mwN. auch zur abzulehnenden Gegenmeinung. In gleicher Weise wird argumentiert, soweit es um Art. 5 Abs. 1 GG (z. B. BVerfGE 20, 162, 218), Art. 13 Abs. 2 GG (z. B. BVerfGE 51, 91, 114; 57, 346, 355f.) oder Art. 104 Abs. 2 Satz 1, 2 GG (z. B. BVerfGE 10, 302, 317ff.) geht. Vgl. auch BVerfG E 56, 37, 51: Gesetzeslücken können bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber ... unter Rückgriff auf die unmittelbar geltenden Vorschriften der Verfassung geschlossen werden.

chende Befugnisse nicht gewährt, nicht in Frage kommt.<sup>75</sup> Der Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers muß also um so weniger berücksichtigt werden, je präziser das höherrangige Recht die Vorregelung getroffen hat;<sup>76</sup> um so eher ist in diesen Fällen eine Teilnichtigkeitsklärung oder verfassungskonforme Auslegung möglich.

2. Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, ein Gesetz zu novellieren und so eine ihm nicht genehme Reduktion des Gesetzes aufgrund einer verfassungskonformen Auslegung oder einer Teilnichtigkeitsklärung durch ein neues – mit der Verfassung übereinstimmendes – Gesetz zu ersetzen oder aber das Gesetz ganz abzuschaffen. Insofern spielen die Überlegungen, die sich mit dem Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers beschäftigen,<sup>77</sup> eine Rolle nur für das Schicksal des Gesetzes während der Vergangenheit.<sup>78</sup> Steht der nichtige Teil des Gesetzes nicht in einem unlöslichen Zusammenhang mit dem Restwerk, so liegt ferner auch in einer weitgehenden Reduktion nicht unbedingt eine Mißachtung des Gesetzgebers.<sup>79</sup> Auch wenn Teile eines Abgabengesetzes<sup>80</sup> oder etwa einer umfassenden Neuordnung wie der Folgen einer Scheidung<sup>81</sup> nichtig sind, so läßt sich doch nicht abstreiten, daß der Gesetzgeber den restlichen Teil als Grundlage zumindest für die Vergangenheit wollte und daß dies auch in der Teleologie des Gesetzes liegt. Nur dann nämlich wird der Autorität des Gesetzes hinreichend Rechnung getragen; dies wäre durch eine Totalnichtigkeitsklärung nicht der Fall. Insofern hat die Meinung des Bundesverfassungsgerichts, von der Absicht des Gesetzgebers sei das Maximum dessen aufrechtzuerhalten, was nach der Verfassung aufrechterhalten werden könne,<sup>82</sup> durchaus ihre Berechtigung.<sup>83</sup> Demgegenüber vermag die Unterscheidung, ob in der reduzierten Fassung ein minus oder ein aliud zu sehen ist,<sup>84</sup> kein aussagekräftiges Kriterium abzugeben. Erweist sich schon die Abgrenzung als schwierig, so verdeckt eine solche Differenzierung eher den entscheidenden Punkt. Denn das Vorliegen eines aliud kann nur danach beurteilt werden, ob das gesetzgeberische Ziel verfehlt wurde. Diese Frage und nicht die formale Einordnung erweist sich somit als letztlich ausschlaggebend.

Nicht damit vermengt werden darf allerdings derjenige Aspekt der Achtung der Autorität des Gesetzgebers, der ihm einen weiten Ermessensspielraum, insbesondere bei der Ausgestaltung seiner Regelungen im Hinblick auf das Willkürverbot des

<sup>75</sup> BVerfGE 51, 91, 115.

<sup>76</sup> Vgl. auch *Göldner* S. 143 ff., 145.

<sup>77</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 70.

<sup>78</sup> So auch *Michel* JuS 1961, 279; die Argumente *Michels* sind allerdings durch die Novellierung des § 79 BVerfGG weitgehend obsolet; *Maunz* BayVBl 1980, 514; vgl. auch unten bei Fn. 86.

<sup>79</sup> A. A. *Fuß* Festschrift für Schack S. 18; *Michel* JuS 1961, 279; *Wank* S. 111, *Zippelius* Festschrift BVerfG II S. 119.

<sup>80</sup> Vgl. BVerfGE 21, 12, 39 ff., 42.

<sup>81</sup> Vgl. BVerfGE 53, 257, 300, 306.

<sup>82</sup> BVerfGE 8, 28, 34; 9, 194, 200; 33, 52, 70.

<sup>83</sup> Einschränkung aber z. B. *Spanner* AöR 91, 519 f.

<sup>84</sup> In diese Richtung scheint *Eckardt* S. 63, 65 zu tendieren.

Art. 3 GG, einräumt.<sup>85</sup> Denn dabei geht es um die nähere Ermittlung der Grenzen, die die Verfassung zieht, nicht aber um eine verfassungskonforme, die Nichtigkeit vermeidende Auslegung.<sup>86</sup>

3. Für das Rechtsgeschäft bedeuten diese Überlegungen das Postulat, dem Grundsatz nach die privatautonome Regelung zu respektieren und den Parteien keine anderslautende Gestaltung aufzuzwingen. Das gilt insbesondere für synallagmatische Verträge, bei denen die Reduktion einer Pflicht auf das gesetzeskonforme Maß die vom Vertrag vorausgesetzte Äquivalenz stören kann.<sup>87</sup> Die Berücksichtigung des (hypothetischen) Parteiwillens ist ausdrücklich z. B. in § 139 BGB vorgesehen, der insoweit ein Ausfluß der Achtung der Autorität der Parteien ist.<sup>88</sup>

Freilich kann sich auch hier aus dem Gesetz ergeben, welchen Inhalt das Rechtsgeschäft haben soll – etwa wenn Rechte einer Partei zwingend vorgeschrieben sind. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß das Rechtsgeschäft als solches Bestand hat. Die Statuierung zwingenden Rechts vermag dies allein nicht zu begründen; ihm könnte auch durch Totalnichtigkeit des Rechtsgeschäfts Rechnung getragen werden. Insoweit müssen andere Gesichtspunkte hinzukommen, die für die Aufrechterhaltung des Geschäfts sprechen;<sup>89</sup> Kollisionen zwischen dem Zweck des zwingenden Rechts und der Privatautonomie sind hier vorgezeichnet. Im Gegensatz zum Gesetzgeber ist den rechtsgeschäftlich Handelnden nämlich eine Änderung der getroffenen Regelungen auch nur für die Zukunft allein oft nicht möglich; bei Verträgen bedarf es dazu einer übereinstimmenden Willenserklärung des Vertragspartners. Ähnliches gilt zum Teil für einseitige Rechtsgeschäfte – man denke an ein Testament nach dem Tod des Erblassers. Jedenfalls kann die Willenserklärung ihren Zweck verfehlen, da sie im Gegensatz zur abstrakt-generellen Norm eine konkret-individuelle Situation regelt und sich daher ihre Relevanz weitgehend – wie etwa bei einer Kündigung – in der einmaligen Vornahme erschöpft.

## VI. Lückenvermeidung

Einer der wichtigsten Gründe für das konservierende Prinzip dürfte – auch wenn dies selten ausdrücklich angeführt wird – die Vermeidung eines regelungslosen Zustands sein.<sup>90</sup> Bei Nichtigerklärung eines Gesetzes zeigt sich, daß ein Teilbereich des

<sup>85</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 51.

<sup>86</sup> Es ist also zu unterscheiden zwischen einer Betonung des judicial self-restraint und der Legitimation der verfassungskonformen Auslegung. Jenes betrifft die Frage, welche Grenzen die höherrangige Norm dem Gesetzgeber zieht, während es bei der verfassungskonformen Auslegung um die Rechtsfolgen einer (teilweisen) Überschreitung dieser Grenzen geht.

<sup>87</sup> Vgl. vorläufig z. B. *Flume* II § 18 9.

<sup>88</sup> Vgl. statt aller *Flume* II § 32 6.

<sup>89</sup> Vgl. §§ 18–20, insbes. § 18 II.

<sup>90</sup> *Herzog* BayVBl 1959, 276 f., der als Ausweg vorschlägt, daß der Bundespräsident sich öfter weigern sollte, Gesetze auszufertigen, nachdem eine präventive Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht mit Ausnahme von Staatsverträgen (vgl. BVerfGE 1, 397, 413) nicht möglich ist; *J. Ipsen* S. 172; *Maunz* BayVBl 1980, 517; *Pestalozza* Festschrift BVerfG I S. 538; *Rupp* JuS 1963, 473; *Rupp-von Brünneck* AöR 102, 20; *Skouris* S. 106 f.; *Wagner* JuS 1970, 382; *Wank* S. 107.

sozialen Lebens, den der Gesetzgeber regeln wollte, nicht normiert ist. Je nach dem betroffenen Gebiet kann das weitgehende Folgen haben und zu dem Bestreben führen, aus Gründen der Rechtssicherheit<sup>91</sup> und der Kontinuität<sup>92</sup> die Reichweite der Nichtigkeit möglichst klein zu halten.

1. Bei weitem nicht in allen Fällen kann hierbei die Lücke durch den Erlaß rückwirkender Gesetze geschlossen werden.<sup>93</sup> Nicht mit Rückwirkung in Kraft treten kann z.B. ein Rechtssatz, der ein Tun oder Unterlassen normiert, da insoweit Unmöglichkeit vorliegt.<sup>94</sup> Bei Strafgesetzen würde zugleich der Grundsatz „nullum crimen sine lege“ verletzt.

2. Als Ausweg aus dieser Aporie hat das Bundesverfassungsgericht zum Teil die Lösung gewählt, eine sogenannte Appellentscheidung zu erlassen. Das Gesetz wird zwar als „noch verfassungsgemäß“ bezeichnet, dem Gesetzgeber wird aber aufgegeben, innerhalb einer bestimmten Frist durch Novellierung den Bedenken des Gerichts Rechnung zu tragen.<sup>95</sup> Damit werden nicht nur Lücken vermieden, dieses Vorgehen wahrt auch die Regelungskompetenz des Gesetzgebers.<sup>96</sup>

3. Aber auch in Fällen, in denen die Verfassungswidrigkeit bereits seit Inkrafttreten des Gesetzes bestand oder jedenfalls schon vor dem Entscheidungszeitpunkt eingetreten war, hat das Bundesverfassungsgericht teilweise von einer Nichtigkeitsklärung abgesehen und die Regelung nur für verfassungswidrig erklärt.<sup>97</sup>

a) Diesen Weg beschritt das Gericht vor allem dann, wenn die Folgen der Nichtigkeitsklärung gravierender gewesen wären als die Hinnahme des verfassungswidrigen Zustands für einige Zeit. Die Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen wird damit vermieden, auch wenn daraus für eine Übergangsfrist verfassungswidrige oder auch fehlende Regelungsgrundlagen resultieren.<sup>98</sup> Dies betrifft insbesondere

<sup>91</sup> Eckardt S. 41; Imboden Festschrift für Huber S. 138f.; Michel JuS 1961, 208f.; Wank S. 107.

<sup>92</sup> Meder S. 62f.; Wank S. 107.

<sup>93</sup> Vgl. z. B. Wolff/Bachof I § 27 I c 2.

<sup>94</sup> Wolff/Bachof I § 27 I c 2.

<sup>95</sup> Vgl. z. B. BVerfGE 15, 337, 350ff.; 16, 130, 141 ff.; sowie die in jüngerer Zeit ergangenen Entscheidungen BVerfGE 39, 169 Ls. 3, 194; 51, 268, 290; 54, 11, 39; weitere Nachw. bei Rupp-von Brünneck Festschrift für Müller S. 355f.; dies. AöR 102, 20; Maunz BayVBl 1980, 518; Wank S. 110; Wolff/Bachof I § 28 I b.

<sup>96</sup> Vgl. BVerfGE 54, 11, 39; Rupp-von Brünneck Festschrift für Müller S. 369. Die Gesetzeslücke hätte sich im Falle BVerfGE 16, 130, 141 ff. besonders gravierend ausgewirkt, da niemand in der Lage gewesen wäre, ein neues Wahlgesetz zu erlassen, vgl. aaO. S. 372.

<sup>97</sup> Vgl. Maunz BayVBl 1980, 517; Rupp JuS 1963, 473; Schefold/Leske NJW 1973, 1301; Wank S. 110.

<sup>98</sup> BVerfGE 8, 1, 19f.; 33, 1, 12f.; 33, 303, 347; 40, 296, 329; 41, 251, 267; wohl auch 52, 1, 42. Hätte das Bundesverfassungsgericht im letztgenannten Fall die Kündigungsvorschriften des Kleingartenrechts für nichtig erklärt, wäre der Schutz der Pächter total abgeschafft gewesen (Maunz BayVBl 1980, 517f.). Dieser Gedanke liegt wohl auch BVerfGE 54, 159, 172 zugrunde, wo das Gericht sich auf die Verfassungswidrigkeitsklärung eines Gesetzes beschränkt, das den für das Richteramt bei Landwirtschaftsgerichten vorzuschlagenden Personenkreis nicht hinreichend eingegrenzt hat.



die Fälle, in denen sich der Verfassungsverstoß aufgrund eines gewandelten Rechtsbewußtseins oder völlig geänderter tatsächlicher Umstände ergibt.<sup>99</sup>

b) Mit der Nichtigerklärung wäre den Betroffenen insbesondere dann nicht gedient, wenn der Verfassungsverstoß im gleichheitswidrigen Fehlen einer Begünstigung besteht, der Gesetzgeber aber mehrere Möglichkeiten hat, den Verstoß zu beseitigen;<sup>100</sup> die Nichtigerklärung eines Unterlassens ist nicht möglich.<sup>101</sup> Eine Verwerfung des Gesetzes hätte hier nur die bisher Begünstigten schlechter gestellt, ohne dem Beschwerdeführer zu helfen.<sup>102</sup> Von einer Nichtigerklärung abzusehen, dient ferner dazu, nicht entgegen der Konzeption des Gesetzgebers Gruppen in die Begünstigung einzubeziehen.<sup>103</sup> Dies bedeutet allerdings nur eine Spielart der vorher genannten Fälle, da es in aller Regel nur von der Gesetzestechne abhängt, ob der Gleichheitsverstoß in einem Unterlassen oder in einem gleichheitswidrigen Ausschluß durch den Gesetzgeber liegt.<sup>104</sup> Die „Zweckverfehlung“ einer Nichtigerklärung kann sich aber auch in Fällen freiheitsbeschränkender Gesetze ergeben.

4. Das für die Vermeidung regelungsfreier Räume wohl wichtigste Instrumentarium stellt aber die in der verfassungskonformen Auslegung liegende – oder direkt zum Zuge kommende – Teilnichterklärung<sup>105</sup> dar. Damit wird nur der verfassungswidrige Teil abgespalten, während der restliche Bestand hat.

Die verfassungskonforme Auslegung gewinnt vor allem auch in Fällen Gewicht, in denen ein gleichheitswidriges Unterlassen des Gesetzgebers vorliegt, dieses aber nur auf eine Weise behoben werden kann. Hier hat das Bundesverfassungsgericht die Regelung verfassungskonform ergänzt<sup>106</sup> bzw. einen einschränkenden Passus für nichtig erklärt<sup>107</sup> und damit dem Betroffenen direkt zur verfassungskonformen Begünstigung verholfen.

<sup>99</sup> BVerfGE 21, 12, 40ff.; 23, 242, 257; 25, 167, 179f.; 33, 1, 12f.; 33, 303, 348; 40, 276, 283; 41, 251, 266f.; 51, 268, 290; 53, 257, 300, 306: mit der Maßgabe vereinbar, daß eine ergänzende Regelung geschaffen wird.

<sup>100</sup> BVerfGE 18, 288, 301; 22, 349, 360f.; 25, 235, 252; 51, 193, 221; 52, 369, 379; gerade bei der letztgenannten Entscheidung hätte aber erwogen werden sollen, ob zumindest vernünftigerweise nur die Gewährung eines Hausarbeitstages für Männer zur Beseitigung der Verfassungswidrigkeit in Frage kommt; nach der vorliegenden Entscheidung können die Betroffenen nur auf eine Entscheidung durch den Gesetzgeber warten; *Maunz* BayVBl 1980, 517; *Rupp* JuS 1963, 473; *Wank* S. 110.

<sup>101</sup> BVerfGE 18, 288, 301; 22, 349, 360; 23, 1, 10f.

<sup>102</sup> BVerfGE 40, 296, 329, im konkreten Fall waren die Beschwerdeführer die (auch, aber nicht hinreichend) Begünstigten; 52, 369, 379; *Pestalozza* Festschrift BVerfG I S. 530.

<sup>103</sup> Vgl. BVerfGE 49, 192, 208; 50, 177, 191; 52, 264, 277; *Maiwald* BayVBl 1971, 91; *Maunz* BayVBl 1980, 517 unter Berufung auf BVerfGE 22, 349, 361; 23, 1, 10f.; 43, 58, 74; vgl. auch *Maurer* Festschrift für Weber S. 355. *Maurer* weicht allerdings bei freiheitsbeschränkenden Gesetzen teilweise vom Bundesverfassungsgericht ab (vgl. S. 360); ebenfalls teilweise abweichend *Pestalozza* Festschrift BVerfG I S. 526.

<sup>104</sup> BVerfGE 22, 349, 360.

<sup>105</sup> *Geiger* Festschrift für Maunz S. 131; *Rupp-von Brünneck* AöR 102, 19; *H. P. Schneider* NJW 1980, 2110; *Seetzen* NJW 1976, 1998.

<sup>106</sup> Z. B. BVerfGE 2, 336, 341; dazu *Bogs* S. 61.

<sup>107</sup> Z. B. BVerfGE 4, 219, 250; 6, 273, 280f.; 13, 31, 39; 32, 199, 226. Wenn *Skouris* S. 53 ff.,

5. Die Frage, ob bei *Rechtsgeschäften* der durch Nichtigkeit der entsprechenden Willenserklärung entstehende regelungslose Zustand eine gesetzeskonforme Auslegung erfordert, ist differenzierend zu beantworten.

a) Bei Totalnichtigkeitsklärung z. B. eines Vertrages steht in den §§ 812 ff. BGB ein vom Gesetzgeber für den Zweck der Rückabwicklung geschaffenes Instrumentarium zur Verfügung. Eine solche Rückabwicklung ist zwar auch bei der Nichtigkeit von Gesetzen möglich, indem man öffentlich-rechtliche Erstattungs-<sup>108</sup> oder Entschädigungsansprüche<sup>109</sup> gewährt. Dennoch zeigen sich hier Strukturunterschiede zwischen Rechtsgeschäft und Gesetz. Das Rechtsgeschäft bezieht sich in aller Regel nur auf einen konkreten Lebenssachverhalt, während das Gesetz auf abstrakte Normierung angelegt ist. Deshalb wird die Rechtssicherheit bei Totalnichtigkeit von Gesetzen in der Regel wesentlich stärker tangiert als bei der gänzlichen Verwerfung eines Rechtsgeschäfts.<sup>110</sup> Zudem regeln Gesetze weit häufiger Eingriffsbefugnisse der öffentlichen Gewalt, bei denen eine Rückabwicklung wesentlich problematischer ist als die Rückgängigmachung vermögensrechtlicher Verschiebungen aufgrund der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts.

b) Auf der anderen Seite führt die vom Gesetz vorgesehene Abwicklung nichtiger Rechtsgeschäfte in vielen Fällen zu Ergebnissen, die dem Schutzzweck des Gesetzes nicht gerecht werden. Würde z. B. der Verstoß gegen ein Gesetz, das zugunsten einer Partei eine Vertragsgestaltung zwingend vorschreibt, die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts nach sich ziehen, so hätte dies möglicherweise eine Rechtlosstellung dieser Partei zur Folge. Dies gilt vor allem dann, wenn das zwingende Recht nicht nur den Status quo, sondern den Status ad quem garantieren will.

Hier wirkt sich der schon geschilderte Unterschied zum Gesetz aus. Während nämlich dieses – möglicherweise rückwirkend – aufgrund eines entsprechenden gesetzgeberischen Akts geändert werden kann, ist zumindest bei Verträgen die Anpassung abhängig von der Zustimmung des Vertragspartners und nicht nur einem Teil anheimgestellt. Eine solche Zustimmung ist aber in vielen Fällen nicht zu erwarten; der Schutz des durch die Norm Begünstigten kann deshalb nur über die Aufrechterhaltung des Vertrages zu gesetzes-/sittenkonformen Bedingungen erreicht werden. Von diesem Unterschied abgesehen ähnelt die Situation den begünstigenden Gesetzen; deren Totalnichtigkeitsklärung wird – wie oben gezeigt – ebenfalls, soweit möglich, vermieden.

c) Verstößt eine Klausel nur teilweise gegen ein Gesetz, ohne daß der Rest des Rechtsgeschäfts dadurch tangiert wird,<sup>111</sup> so kann das Argument der Lückenvermei-

---

insbesondere S. 56 f. für Totalnichtigkeit plädiert, so übersieht er, daß solche Entscheidungen des Gesetzgebers – man denke nur an die Rentenreform – nicht sofort getroffen werden können. Totalnichtigkeit wäre dann aber eine unangemessene Reaktion.

<sup>108</sup> Vgl. statt aller Wolff/Bachof I § 44 Ib 6.

<sup>109</sup> Vgl. statt aller Wolff/Bachof I § 60 II, III.

<sup>110</sup> Vgl. Skouris DVBl 1977, 396. – Anders mag es sein, wenn eine Reihe von Rechtsgeschäften von dem Fehler tangiert wird, wie das etwa der Fall war, als der BGH die Anforderungen an die Beurkundung von Bauplänen präziserte (vgl. BGHZ 74, 346, 348).

<sup>111</sup> Etwa wegen § 6 Abs. 1 AGBG oder weil § 139 BGB nicht eingreift.

dung allein nicht die möglichst weitgehende Aufrechterhaltung dieser Klausel rechtfertigen. Einmal steht gewöhnlich dispositives Recht zur Verfügung, um einen regelungslosen Zustand zu verhindern. Zum anderen erfordert das Schutzbedürfnis der schwächeren Partei hier die Aufrechterhaltung nicht. Ihre Legitimation kann die gesetzeskonforme Auslegung in solchen Fällen allenfalls daraus gewinnen, daß auch hier trotz des Gesetzesverstößes die privatautonome Regelung zu achten ist.

### § 5 Gesetzeskonforme Auslegung als interpretatorisches Prinzip

Vermögen somit zwar die zur Rechtfertigung der verfassungskonformen Auslegung – als konservierendem Prinzip – angeführten Überlegungen mit Ausnahme des Respekts vor der Autorität des Gesetzgebers und der Vermeidung eines regelungslosen Zustands nicht hinreichend zu überzeugen, so ist andererseits auch nicht denjenigen Stimmen in der Literatur Beifall zu zollen, die mehr oder weniger rigoros<sup>1</sup> diese Auslegungsmaxime ablehnen.<sup>2</sup>

#### I. Die Funktion der Verfassung bei der Interpretation von Normen

Auch wenn man zwischen Erschließungs- und Kontrollnormen<sup>3</sup> unterscheidet, so läßt sich aus dieser Zweiteilung nicht der Schluß ziehen, daß die Verfassung *nur* die Rolle einer Kontrollnorm hätte.<sup>4</sup>

1. Daß höherrangigen Normen Erschließungsfunktion bei der Interpretation niederrangigen Rechts zukommt, zeigt sich vor allem dort, wo es nicht – zumindest nicht primär – um eine mögliche Kollision geht, sondern (nur) um ihre inhaltliche Interpretation.<sup>5</sup> Zwar ist in diesem Rahmen die Verfassung nicht die alleinige Richtschnur der Auslegung. Andererseits gibt es keinen Grund, entgegen den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ihren Vorschriften nur deswegen den Stellenwert im Rahmen der systematischen und teleologischen Interpretation abzuerkennen, weil sie der zu interpretierenden Norm übergeordnet sind.<sup>6</sup>

2. Der Schluß von der Erschließungsfunktion der Verfassung auf den Grundsatz der Geltungserhaltung liegt nahe. Freilich wäre – wie oben gezeigt – das hermeneu-

<sup>1</sup> *Burmeister* S. 125 schlägt gar vor, „diesem überbewerteten, die gesicherte Begriffsbildung verwirrenden und verfassungsrechtlich höchst bedenklichen Grundsatz das Lebenslicht auszublasen“; total ablehnend nun auch *Pestalozza* NJW 1981, 2087.

<sup>2</sup> Vgl. z. B. zu dem Versuch, die verfassungskonforme Auslegung unter Ausklammerung der Rechtsfortbildung anzuerkennen, *Stern* NJW 1958, 1435. Gesetzesberichtigung sehen nicht mehr als Fall der verfassungskonformen Auslegung an *Eckardt* S. 55 ff.; *Menger* JZ 1960, 169 f.

<sup>3</sup> Vgl. zu diesem Gegensatzpaar *Mertens* JuS 1962, 263.

<sup>4</sup> So aber *Burmeister* S. 90 f., der sich dagegen wendet, die Verfassung als inhaltliches Grundmaß allen Rechts anzusehen; anders *Hesse* § 2 IV 1.

<sup>5</sup> *Göldner* S. 55 f.; *Prümm* JuS 1975, 302; *Schmidt-Salzer* DÖV 1969, 99; vgl. als Beispiele die Nachweise in § 1 Fn. 7.

<sup>6</sup> *Göldner* S. 55 f.; vgl. auch *Bogs* S. 25 f.

tische Prinzip allein keine hinreichende Legitimation.<sup>7</sup> Bezieht man aber die Achtung vor der Autorität des Gesetzgebers mit ein,<sup>8</sup> so fehlt es an der Berechtigung, in diesen Fällen anders zu entscheiden, als in denen, in denen die Wirksamkeit des Gesetzes nicht im Streit steht. Dies gilt um so mehr, als sich keine tragfähigen Differenzierungskriterien angeben lassen.<sup>9</sup> Auslegungsergebnisse, die aufgrund einer verfassungsorientierten Interpretation gefunden werden, können andere Deutungsmöglichkeiten ausschließen.<sup>10</sup> Nicht jede Möglichkeit einer verfassungswidrigen Auslegung des Gesetzes führt zu dessen Nichtigkeit.<sup>11</sup> Deshalb schlägt auch der Versuch einer Unterscheidung zwischen der Sinnermittlung bei Generalklauseln und bei sonstigen Normen fehl.<sup>12</sup>

Hinreichend oft ist die Meinung *Michels*<sup>13</sup> schon widerlegt worden, der zuerst eine „normale“ Auslegung nach den herkömmlichen Kriterien vornehmen will und erst dann – bei Mehrdeutigkeit des Ergebnisses – der verfassungskonformen Auslegung ihren Platz einräumt. Im Widerspruch dazu steht schon seine Auffassung, die verfassungskonforme Auslegung sei Ausdruck eines allgemeinen interpretatorischen Konformitätsgrundsatzes.<sup>14</sup> Systematische wie teleologische Auslegung bedeutet vor allem, daß nicht nur an die Normen gleicher Rangstufe angeknüpft werden darf, sondern die gesamte Rechtsordnung herangezogen werden muß.<sup>15</sup> Insbesondere wäre auch bei einer solchen Legitimation des konservierenden Prinzips nicht verständlich, warum die Verfassungsnorm nur wegen der möglichen Kollision nicht zur Interpretation des in Frage stehenden Gesetzes berücksichtigt werden sollte, während gleichrangige Normen Eingang in die Auslegung finden. Wiederum zeigt

<sup>7</sup> Vgl. § 4 III 2; anders aber *Göldner* S. 53.

<sup>8</sup> Diese spielt entgegen *Imboden* Festschrift für Huber S. 142 eine Rolle auch bei der verfassungsorientierten Auslegung; vgl. § 4 III 2.

<sup>9</sup> Vgl. z. B. die Unterscheidung bei *Burmeister* in Normen, die *auch* verfassungswidriger (S. 69 ff.) und solche, die *überwiegend* verfassungswidriger (S. 71 ff.) Deutung zugänglich sind. Wie diese Differenzierung getroffen werden soll, bleibt unklar. Weder ein Auszählen der Auslegungsalternativen noch eine Entscheidung nach Zahl der Methodenansätze kann hier sinnvoll sein.

<sup>10</sup> Vgl. die Nachw. in § 4 Fn. 52.

<sup>11</sup> *Michel* JuS 1961, 276; *Spanner* AöR 91, 533. Hier zeigt sich, daß bei Gesetzen jedenfalls die Autorität des Gesetzgebers mit zu berücksichtigen ist. Im Rahmen der Rechtsgeschäftslehre – insbesondere, wenn AGB verwendet werden – wird zum Teil das Prinzip einer möglichst weiten Auslegung vertreten mit dem Ziel, die Nichtigkeit möglichst umfassend aussprechen zu können – wobei allerdings das Rechtsgeschäft als solches aufrechterhalten bleibt (vgl. nur *Staudinger/Schlosser* § 5, 7 für das Verfahren nach §§ 13 ff. AGBG); dazu genauer unten § 6 I 4.

<sup>12</sup> Unklar daher *J. Ipsen* S. 169 f., der daraus die Unterscheidung legitimieren will.

<sup>13</sup> JuS 1961, 275, 277; ebenso aber *J. Ipsen* S. 169 ff.; *Skouris* S. 117; *Wank* S. 97 ff., 104; unklar *Fuß* Festschrift für Schack S. 16.

<sup>14</sup> So *Michel* selbst JuS 1961, 275 r. Sp. vor III (darauf weist *Göldner* S. 60 Fn. 53 zutreffend hin); *Bogs* S. 26; *Prümm* JuS 1975, 302.

<sup>15</sup> Vgl. *Göldner* S. 54.

sich, daß der eigentliche Grund für die Unterscheidung das Problem der Verwerfungskompetenz ist.<sup>16</sup>

3. Auch wenn man die Zweiteilung auf das Verfahren der Normenkontrolle beschränkt, daher die ohne Rücksicht auf die Verfassung interpretierte Norm als Prüfungsgegenstand auffaßt und erst im Rahmen der Normenkontrollentscheidung die Verfassung als Prüfungsmaßstab mit einbezieht,<sup>17</sup> verkennt man die Bedeutung der Auslegung.<sup>18</sup> Denn nur das Zusammenwirken aller Interpretationsgesichtspunkte entscheidet über die Bedeutung der fraglichen Norm.<sup>19</sup> Zudem ließe sich nicht erklären, warum ausgerechnet das Bundesverfassungsgericht bei Ermittlung des Inhalts des Prüfungsgegenstandes nicht verfassungskonform sollte auslegen dürfen.<sup>20</sup>

4. Damit erledigt sich auch die Ansicht, verfassungskonforme Auslegung gehe über die normale Gesetzesauslegung hinaus, da sie die Gültigkeit eines mehrdeutigen Prüfungsgegenstandes ausspreche.<sup>21</sup> In dem Augenblick, in dem man die Bedeutung der höherrangigen Norm für die Interpretation anerkennt, bedeutet die Ermittlung der richtigen Gesetzesdeutung das Aufsuchen des Inhalts, der auch von der übergeordneten Norm aus richtig, im Endeffekt also rechtmäßig ist.<sup>22</sup>

5. Diese Legitimation gilt auch, wenn die Grenze des Wortlauts der betreffenden Norm überschritten wird. Das ist vom Bundesverfassungsgericht – wie gezeigt – mehrmals für Grundrechtsartikel ausgesprochen worden, die als „unmittelbar geltendes und anzuwendendes Recht“ angesehen werden.<sup>23</sup> In diesen Fällen wird das einfache Recht – mit der Folge seiner Restriktion – von den Normen der Verfassung unmittelbar ergänzt. Trotz des Wortlauts des § 758 ZPO, der nicht vorsieht, daß die Untersuchung durch den Richter anzuordnen sei, findet eine Ergänzung der Norm

---

<sup>16</sup> Vgl. § 2 III 3; das wird deutlich bei *J. Ipsen* S. 170, *Skouris* S. 117 f.; *Wank* S. 105; vgl. auch die Kritik bei *Burmeister* S. 124 f., der u. a. deswegen die verfassungskonforme Auslegung ablehnt.

<sup>17</sup> *Haak* S. 144 f., 198, 233 f., 258; *Skouris* S. 112.

<sup>18</sup> *Bogs* S. 29.

<sup>19</sup> *Seetzen* NJW 1976, 2001.

<sup>20</sup> Freilich kann sich aus dem Zweck des Gesetzes eine Beschränkung der Auslegungsmittel bzw. eine stärkere Betonung des Wortlauts ergeben. So dürfte im Besonderen Teil des StGB eine die Strafbarkeit erweiternde verfassungskonforme Rechtsfortbildung über den Wortlaut hinaus schon wegen des Klarheitsgebots nicht möglich sein, das auch im Analogieverbot seinen Niederschlag gefunden hat (vgl. auch BVerfGE 58, 358, 365). Ebenso kann der Stellenwert der verschiedenen Gesichtspunkte bei der Ermittlung des Inhalts einer Norm dadurch beeinflusst werden, daß wegen des Zwecks des Verfahrens nach Art. 100 Abs. 1 GG das Prinzip der verfassungskonformen Auslegung und Aufrechterhaltung zurücktritt – wobei sich auch hier nach der Art des Gesetzes Unterschiede ergeben können. Das aber zeigt, daß Auslegung von höherrangigem Recht beeinflusst wird, möglicherweise auch im Sinne einer „geltungsvermeidenden Auslegung“, wenn z. B. dem Kontrollverfahren aus übergeordneten Gründen ein möglichst weiter Anwendungsbereich eröffnet werden soll (vgl. auch § 13 Fn. 40).

<sup>21</sup> So aber *Skouris* S. 104 f.

<sup>22</sup> *Burmeister* DVBl 1969, 608; *Gärtner* BB 1970, 1362; *Prümm* JuS 1975, 302; *Seetzen* NJW 1976, 2001.

<sup>23</sup> Vgl. § 4 Fn. 74.

unmittelbar durch Art. 13 Abs. 2 GG statt, ohne daß dies zur Nichtigkeit der Vorschrift führen würde.<sup>24</sup>

Auch wenn man in Rechnung stellt, daß andere Verfassungssätze nicht so konkrete Regelungsmuster enthalten, hat die Rechtsfortbildung doch anhand der Verfassung zu erfolgen. Wie deren Normen bei der *Auslegung* der Gesetze heranzuziehen sind, so wirken sie auch bei der – grundsätzlich zulässigen<sup>25</sup> – *Rechtsfortbildung* mit,<sup>26</sup> mag auch hier der Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers in besonderer Weise zu berücksichtigen sein.

## II. Die Funktion des zwingenden Rechts bei der Interpretation von Rechtsgeschäften

In gleicher Weise vermögen bei der gesetzeskonformen Auslegung die Argumente, die gegen die verfassungskonforme Auslegung angeführt werden, nicht zu überzeugen.

1. Ohne das an dieser Stelle bereits in allen Einzelheiten<sup>27</sup> ausführen zu müssen, läßt sich zeigen, daß auch der Inhalt eines Rechtsgeschäfts sich bestimmt unter Zuhilfenahme des Gesetzes. Sind Verträge, aber auch sonstige Rechtsgeschäfte, anhand von Treu und Glauben ausulegen – wie § 157 BGB anordnet<sup>28</sup> –, so bedeutet das die Durchdringung rechtsgeschäftlicher Regelungen mit gesetzlichen Wertungen.<sup>29</sup> Daß dies auch zur Korrektur z. B. vertraglicher Absprachen führen kann, lassen exemplarisch die §§ 315, 343 BGB erkennen, die den Vertragsinhalt auch über die Grenze des Wortlauts hinaus modifizieren.<sup>30</sup> Nicht zuletzt ist auch die Ergänzungsfunktion des (unmittelbar auf das Rechtsgeschäft einwirkenden) zwingenden Rechts zu beachten<sup>31</sup> – methodisch eine Parallele zur unmittelbaren Geltung des Verfassungsrechts.

2. Die Gleichwertigkeit von Teilnichtigkeitsklärung und gesetzeskonformer Auslegung bringt im Gegensatz zur Lage im Verfassungsrecht keine Probleme hinsichtlich der Kompetenz mit sich.<sup>32</sup> Selbst wenn man also der Meinung sein sollte, wegen

<sup>24</sup> Vgl. BVerfGE 51, 91, 112 f.; 57, 346, 355 f.

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 34, 269, 286 ff.; 49, 304, 318; (in BVerfGE 35, 263, 279 f.; 53, 115, 134 wurde der Wortlaut für irrelevant erachtet, da eine Gesetzeslücke vorliege); Fuß Festschrift für Schack S. 18; H. P. Schneider NJW 1980, 2104 mwN.; Larenz Methodenlehre S. 350. Vgl. auch die weiteren Nachw. in § 1 Fn. 4 und 5.

<sup>26</sup> Göldner S. 67 ff.; a. A. J. Ipsen S. 178 ff.

<sup>27</sup> Vgl. näher unter § 13 III, IV.

<sup>28</sup> § 157 BGB gilt auch für einseitige Rechtsgeschäfte, vgl. Staudinger/Dilcher §§ 133/157, 7, Soergel/Hefermehl § 133, 2, 33; Soergel/Knopp § 157, 4; Erman/Hefermehl § 157, 2; Flume II § 16 3 a; Larenz Auslegung S. 7; MünchKomm/Mayer-Maly § 133, 20, § 157, 1, allerdings mit Abstufungen, je nachdem, ob es sich um eine empfangsbedürftige oder nicht empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, vgl. Soergel/Knopp § 157, 9.

<sup>29</sup> MünchKomm/Mayer-Maly § 157, 13; Seetzen NJW 1976, 2000.

<sup>30</sup> Vgl. genauer unten § 7 II 2.

<sup>31</sup> Vgl. genauer unten §§ 13 III, IV, 20 I 2.

<sup>32</sup> Vgl. § 2 III 3.

des Verwerfungsmonopols des Bundesverfassungsgerichts seien Einschränkungen der verfassungskonformen Auslegung nötig,<sup>33</sup> so stellt sich diese Problematik im Rahmen des hier abzuhandelnden Themas nicht; folglich läßt sich daraus auch kein Gegenargument ableiten. Einerseits wird die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts in der Regel inzident geprüft, zum anderen sind auch bei direkter Kontrolle – etwa im Rahmen einer Feststellungsklage – dieselben Gerichte zur Entscheidung zuständig, die auch die Inzidentkontrolle vorzunehmen haben.

3. Damit ist freilich die Berechtigung des Prinzips der gesetzeskonformen Auslegung noch nicht hinreichend bewiesen. Hier sollte zunächst nur gezeigt werden, daß die Argumente gegen die verfassungskonforme Auslegung schon dort nicht greifen, erst recht aber bei der vorliegenden Themenstellung nicht zu einer grundsätzlichen Ablehnung führen können. Voraussetzung für eine (Teil-)Aufrechterhaltung bleibt, daß die Autorität der Partei im speziellen Fall anerkannt werden kann<sup>34</sup> oder daß sich das Bedürfnis zur Konservierung aus dem Schutzbedürfnis einer Partei ergibt, den regelungslosen Zustand zu vermeiden.<sup>35</sup> Nicht geklärt werden konnte hier bereits, in welchen Fällen und vor allem in welchem Umfang eine gesetzeskonforme Auslegung legitim ist; diese Frage wird weiter unten behandelt.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Vgl. Nachweise in Fn. 16.

<sup>34</sup> Vgl. § 4 IV 2.

<sup>35</sup> Vgl. § 4 VI 5.

<sup>36</sup> Vgl. dazu genauer §§ 18–20.





### 3. Kapitel: Der dogmatische Ansatzpunkt der gesetzeskonformen Auslegung, insbesondere in der Judikatur des BGH

Vermeidung von Totalnichtigkeit, Aufrechterhaltung des mit dem Gesetz übereinstimmenden Teils eines Rechtsgeschäfts ist in Rechtsprechung wie Literatur Ergebnis einer Vielzahl von dogmatischen Ansatzpunkten, die der Lösung explizit oder implizit zugrunde gelegt werden. Schwierigkeiten bei der Analyse bereitet insbesondere die Tatsache, daß die hier interessierende Problematik gerade in der Judikatur oft nur kurz abgehandelt wird; nicht selten findet man lediglich die apodiktische Behauptung, eine Teilaufrechterhaltung sei möglich oder scheide aus.<sup>1</sup>

Das folgende Kapitel legt den Schwerpunkt auf die Judikatur des BGH. Das rechtfertigt sich vor allem damit, daß die wichtigsten Argumente in der Rechtsprechung auftauchen.<sup>2</sup> Eine Reihe von Entscheidungen könnte man auch unter anderen dogmatischen Gesichtspunkten systematisieren, als das hier geschieht; dies ist bereits ein Indiz dafür, daß die Frage der gesetzeskonformen Auslegung nur nach übergreifenden Kriterien befriedigend gelöst werden kann.<sup>3</sup>

#### *§ 6 Gesetzeskonforme Auslegung als Resultat der Auslegung des Rechtsgeschäfts*

##### *1. Gesetzeskonforme Auslegung als Ergebnis erläuternder Auslegung*

Das Gebot der rechtskonformen Interpretation scheint auf den ersten Blick bei der (erläuternden) Auslegung von Rechtsgeschäften eine Selbstverständlichkeit zu sein.<sup>4</sup> Willenserklärungen bzw. Verträge sind nach Möglichkeit so zu interpretieren, daß sie mit zwingendem Recht nicht in Kollision geraten.

---

<sup>1</sup> Vgl. z. B. die Ausführungen in BVerwGE 30, 65, 71: (Der Vertrag wäre) „... in Anwendung der dem § 139 BGB und dem § 242 BGB zugrundeliegenden Rechtsgedanken in eine vorausgehende „zulässige“ und eine nachfolgende „unzulässige“ Zeitspanne aufzuteilen“; die Feststellung des OLG Düsseldorf WuW 1974, 645, 648: (Die Parteien wollten im Zweifel) „... einen Vertrag schließen, der nicht aufgrund gesetzlicher Vorschriften unzulässig oder unwirksam sein sollte, oder, anders ausgedrückt, der einen mit den gesetzlichen Vorschriften – ... – konformen Inhalt haben sollte“; die Meinung des BGH NJW 1979, 2095: „Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, für Allgemeine Geschäftsbedingungen eine Fassung zu finden, die einerseits dem Unternehmer möglichst günstig, andererseits gerade noch rechtlich zulässig ist.“

<sup>2</sup> Vgl. aber auch die Darstellung von Ansätzen in der Literatur unten § 12.

<sup>3</sup> Vgl. §§ 13–17.

<sup>4</sup> Vgl. MünchKomm/Mayer-Maly § 157, 13; Bogs S. 21; Canaris Vertrauenshaftung S. 273 Fn. 25 a. E.; Kopp VwVfG § 59, 4; Henke S. 271 f.; Leenen MDR 1980, 356 für die essentialia eines Mietvertrages; Fischer Festschrift für Wach S. 185.

1. Für einen Spezialfall – nämlich die letztwillige Verfügung – hat dieser Grundsatz gesetzlichen Niederschlag in § 2084 BGB gefunden. Bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten ist diejenige zu wählen, bei der die letztwillige Verfügung Erfolg hat.<sup>5</sup> Der BGH ist bei der Interpretation dieser Norm relativ weit gegangen. Eine Auflage in einem Testament hat das Gericht auch dann für wirksam erachtet, wenn sie zwar nicht mehr in der vom Erblasser bestimmten Form verwirklicht, wenn aber dem Anliegen des Erblassers durch eine andere Art der Vollziehung Rechnung getragen werden konnte.<sup>6</sup> Zur Begründung wurde jedenfalls der Rechtsgedanke des § 2084 BGB herangezogen.<sup>7, 8</sup>

Über die dogmatische Einordnung des § 2084 BGB herrscht allerdings wenig Übereinstimmung. Dem Wortlaut nach ist er als spezielle Ausprägung der erläuternden Auslegung aufzufassen; seine eigenständige Funktion wird aber zum Teil – insbesondere im Hinblick auf die ergänzende Auslegung – geleugnet.<sup>9</sup> Andere verstehen die Norm als Ausprägung der Umdeutung,<sup>10</sup> bestreiten jedenfalls ihre Notwendigkeit angesichts der normalen Auslegungs- und Umdeutungsregeln.<sup>11</sup> So gibt es keine überzeugende Abgrenzung zwischen § 2084 BGB und § 140 BGB.<sup>12</sup> Gerade hier zeigt sich schon deutlich, daß es für die Frage der gesetzeskonformen Interpretation wohl kaum auf den dogmatischen Ansatzpunkt ankommen kann, sondern daß eine Abwägung der beteiligten Interessen das entscheidende Kriterium ergeben

<sup>5</sup> Vgl. dazu RG Gruchot 53, 97; WarnRspr. 1919, 312, 313f.: „Es kommt nicht darauf an, dem Bedachten die Zuwendung zu erhalten, sondern dem Willen des Erblassers zur Durchsetzung zu verhelfen“; RG 1. 3. 1931, IV 233: Auslegung als (nichtige) Anordnung einer Anerbfolge oder (gültige) Erbeinsetzung nach bürgerlichem Recht, vom RG wohl das Letztgenannte bevorzugt (zit. nach Cohn S. 500); Bartholomeyczik/Schlüter § 22 IV 1a; Brox Erbrecht Rdn. 202; Lange/Kuchinke § 33 IV 1a; RGRK/Johannsen § 2084, 27.

<sup>6</sup> BGHZ 42, 327, 330f.; zustimmend Palandt/Keidel § 2195, 1; Erman/Hense § 2195, 1; RGRK/Johannsen § 2195, 2; Staudinger/Otte § 2195, 2.

<sup>7</sup> BGHZ 42, 327, 330f. Nicht ganz klar ist, ob der BGH dieses Ergebnis mittels Auslegung gewinnt, da er die entsprechende Vorgehensweise des Berufungsgerichts ablehnt (aaO. S. 329). § 2084 BGB dient aber als Beleg dafür, daß das Gesetz bestrebt sei, dem Willen des Erblassers möglichst weitgehend Geltung zu verschaffen.

Vgl. auch BGH FamRZ 1963, 287, 290: Auslegung eines Testaments zur Vermeidung von Sittenwidrigkeit dahin gehend, daß mit Annahme der (reduzierten) Erbschaft alle Ansprüche der Geliebten gegen den Erblasser erloschen seien.

<sup>8</sup> Im referierten Fall ging es zwar nicht um Vermeidung von Nichtigkeit, sondern von Unmöglichkeit. Das spielt im hier interessierenden Zusammenhang jedoch keine Rolle; vgl. oben § 3 II 2 mit Fn. 8.

<sup>9</sup> Lange/Kuchinke § 33 II 1; Staudinger/Seybold § 2084, 1.

<sup>10</sup> Harder § 5 IV 1b; von Lübtow I § 6 IV (= S. 278).

<sup>11</sup> So wohl Brox Erbrecht Rdn. 202; Lange/Kuchinke § 33 III 1; Leipold Grundzüge § 12 IV 1.

<sup>12</sup> Vgl. auch die Frage der Einsetzung eines nichtrechtsfähigen Vereins, die Lange/Kuchinke § 33 III 1, von Lübtow I § 6 IV als Fall der Auslegung behandeln, während sie bei Palandt/Keidel § 2084, 5, Erman/Hense § 2084, 7, RGRK/Johannsen § 2084, 30 als Fall der Konversion angesehen wird.

dürfte. Im Erbrecht geht es dabei vorwiegend um die Verwirklichung des Erblasserwillens.<sup>13</sup>

2. Geltungserhaltende Auslegung findet sich auch bei Willenserklärungen unter Lebenden, insbesondere bei schuldrechtlichen Verträgen.

a) Die Rechtsprechung bietet hierzu eine Fülle von Beispielen: So hat der BGH ausgesprochen, die gesonderte Vergütung der Mehrwertsteuer könne nicht Inhalt eines Vertrages sein, da eine solche Vereinbarung mit einem gesetzlichen Verbot kollidierte und daher nichtig wäre.<sup>14</sup> Abmachungen, deren Vereinbarkeit mit § 1 GWB fraglich war, wurden so interpretiert, daß der Inhalt des Vertrages einen Verstoß gegen das Kartellverbot vermied.<sup>15</sup> Allgemein hat der BGH betont, von mehreren möglichen Auslegungen gebühre derjenigen der Vorzug, die nicht gemäß § 138 BGB zur Nichtigkeit der vertraglichen Abrede führe.<sup>16</sup>

Einen Schwerpunkt der geltungserhaltenden Auslegung stellt das Gesellschaftsrecht dar. Überwiegend interpretiert die Rechtsprechung Gesellschaftsverträge in der Weise, daß die aus ihnen resultierenden Pflichten nicht gegen die entsprechenden gesetzlichen Vorschriften verstoßen. So wurde die Abrede eines (unzulässigen) Rechts der Übertragung eines Gesellschaftsanteils auf einen Dritten als (zulässige) Befugnis zur Betrauung des Dritten mit der Ausführung der anfallenden Aufgaben verstanden.<sup>17</sup> Die Beschränkung einer Ausschlußklausel auf Fälle, in denen ein wichtiger Grund vorlag, vermied rechtliche Bedenken bezüglich der Gültigkeit dieser Klausel, die bei fehlender Restriktion relevant geworden wären.<sup>18</sup>

Eine spezielle Ausprägung der nichtigkeitsvermeidenden Interpretation ist die mit dem Bestimmtheitsgrundsatz im Recht der OHG verknüpfte Frage, wie Mehrheitsentscheidungen in zentralen Fragen der Gesellschaft auszulegen sind. Es ist anerkannt, daß derartige Abreden in Gesellschaftsverträgen nicht deswegen nichtig sind, weil Grenzen für die Zulassung solcher Beschlüsse von Gesetzes wegen bestehen; vielmehr sind die Klauseln einschränkend zu interpretieren.<sup>19</sup> Verstößt im Einzelfall ein Beschluß gegen § 138 BGB, so führt das nicht zur Nichtigkeit der Bestimmung, sondern nur dazu, daß ihre Handhabung in der konkreten Situation sittenwidrig ist

---

<sup>13</sup> Vgl. RG WarnRspr. 1919, 312, 313f. und die übrigen Nachw. in Fn. 5.

<sup>14</sup> BGHZ 60, 199, 205.

<sup>15</sup> OLG Düsseldorf WuW 1974, 645, 648; zustimmend MünchKomm/Mayer-Maly § 157, 13.

<sup>16</sup> BGH NJW 1971, 1034, 1035; ähnlich NJW 1964, 149, 150; BGHZ 79, 16, 18f.; vgl. dazu unten § 6 I 3d mit Fn. 85; unentschieden dagegen wohl BHG WM 1980, 877 (Erbbaurecht), wo der BGH nur die Folgen verschiedener Auslegungsmöglichkeiten im Hinblick auf ihre Wirksamkeit darstellt. – Vgl. auch BVerwGE 30, 65, 68f.: Pflicht zur „Betriebstreue“ nach Finanzierung eines Studiums durch die öffentliche Hand ist als Tilgungsmodalität auszulegen; in dieser Interpretation verstößt der Vertrag nicht gegen höherrangiges Recht.

<sup>17</sup> BGHZ 36, 292, 294 = (ausführlicher) BGH WM 1962, 240, 241.

<sup>18</sup> BGHZ 68, 212, 215.

<sup>19</sup> Hueck § 11 IV 2, 3, insbesondere die Beispiele dort; RGZ 91, 166, 168f.; 151, 321, 327; 163, 385, 392; ähnlich BGHZ 8, 35, 41ff.. BGHZ 68, 212, 215; BGH WM 1976, 661f. haben infolge einer engen Auslegung die konkrete Abstimmung als nicht mehr durch die entspre-

und deshalb keine Wirkung entfaltet.<sup>20</sup> Beide Argumentationsfiguren finden ihre Parallelen bei der einschränkenden Auslegung von AGB<sup>21</sup> sowie dem Grundsatz, daß die Berufung auf eine Bestimmung in AGB im Einzelfall gegen Treu und Glauben verstoßen kann.<sup>22</sup> In methodisch gleicher Weise wurde ein Stiftungsgeschäft so ausgelegt, daß keine Bedenken hinsichtlich der rechtlichen Gültigkeit bestanden.<sup>23</sup>

Auch privat- wie öffentlichrechtlichen Verträgen öffentlichrechtlicher Körperschaften – vorwiegend von Gemeinden – gibt die Rechtsprechung nach Möglichkeit einen zulässigen Inhalt. So wurde eine (unzulässige) Verpflichtung einer Gemeinde beim Verkauf eines ihrer Grundstücke, einen dieses Gebiet erfassenden Bebauungsplan zu erlassen, als (zulässige) Übernahme einer bürgerlichrechtlichen Gewährleistung der Bebaubarkeit des verkauften Grundstücks verstanden.<sup>24</sup> Die Vereinbarung der Abgeltung von Anschlußgebühren zwischen einem Grundstückseigentümer und der Gemeinde hätte gegen höherrangiges Recht verstoßen, soweit damit ein Gebührenverzicht der Gemeinde einhergegangen wäre. Einem entsprechenden Vertrag maß der BayVGh trotz des klaren Wortlauts wegen der Erwartung der Parteien, die Baukosten würden höher ausfallen, als dies dann tatsächlich der Fall war, die Bedeutung bei, daß die gesamten anfallenden Kosten, mindestens jedoch der nach der einschlägigen Satzung anfallende Betrag, geschuldet seien.<sup>25</sup>

Anders allerdings wurde bei der Frage entschieden, ob die (stillschweigende) kollisionsrechtliche Verweisung sich auch auf eine Rechtsordnung beziehen könne, in der der Vertrag mangels Einhaltung der Formerfordernisse ungültig sei. Das bloße Interesse, einen gültigen Vertrag abzuschließen, erachtete der BGH nicht als

cherde Klausel gedeckt erachtet und deswegen die Wirksamkeit im übrigen nicht in Frage gestellt; allgemein zum Bestimmungsgrundsatz auch BGHZ 48, 251, 253 ff.; 71, 53, 57 ff. (mit Modifizierung bei Publikumsgesellschaften); vgl. auch BGHZ 76, 154, 156 f., wo offengelassen wurde, ob das Ergebnis einer Beschränkung des Stimmrechts über enge Auslegung oder (teilweise) Verwerfung der betreffenden Klausel erzielt wurde; BGHZ 76, 160, 165 erwägt Teilnichtigkeit übermäßig einschränkender Satzungsklauseln, läßt die Frage aber offen.

<sup>20</sup> Großkomm./Fischer § 119, 13; Hueck § 11 IV 3 Fn. 41. Soergel/Knopp § 157, 175 faßt dies als Fall der ergänzenden Auslegung auf. Vgl. auch BGH NJW 1981, 1363 und § 6 Fn. 116 und § 7 Fn. 7 zur parallelen Argumentation im Bankrecht.

<sup>21</sup> Vgl. unten § 6 I 4b und Martens DB 1973, 418 ff., der parallel zur einschränkenden Auslegung für eine Inhaltskontrolle plädiert.

<sup>22</sup> Vgl. unten § 7 I.

<sup>23</sup> BGHZ 70, 313, 323.

<sup>24</sup> BGHZ 76, 16, 25 ff.; vgl. zu dieser Entscheidung auch unten § 11 I 1.

<sup>25</sup> BayVGh BayVBl 1977, 246, 247 = DVBl 1977, 394 mit ablehnender Anmerkung von Skouris, der allerdings im Ergebnis zur selben Lösung kommt wie der VGh; zustimmend aber Kopp VwVfG § 59, 4; Bonck § 54, 14; s. zur gesetzeskonformen Auslegung auch BayVGh BayVBl 1977, 405, 407 (im konkreten Fall allerdings verneinend); generell ablehnend, allerdings vor Erlass der zitierten Entscheidungen, Meyer/Borgs § 54, 62; vgl. auch schon RG JW 1937, 3025, das ein ähnliches Ergebnis durch ergänzende Auslegung erreicht (wenn auch das Verbot des Gebührenverzichts damals weniger weit reichte) und dazu Palandt/Heinrichs<sup>40</sup> § 133, 4a, der dies als erläuternde Auslegung interpretiert.

hinreichendes Argument.<sup>26</sup> Dies läßt sich mit dem Schutzzweck des § 313 Satz 1 BGB rechtfertigen.<sup>27</sup>

b) Zur dogmatischen Begründung der geltungserhaltenden Auslegung wird zum Teil lediglich das subjektive Kriterium herangezogen, die Parteien hätten einen wirksamen Vertrag schließen, also einen bestimmten Erfolg erreichen wollen,<sup>28</sup> zum Teil greifen die Gerichte auch nur darauf zurück, daß mehrere Auslegungsalternativen zur Verfügung stünden.<sup>29</sup>

Als Grenze nennen einige Urteile den Wortlaut.<sup>30</sup> Der Grundsatz, daß Verträge nach Treu und Glauben auszulegen seien, setze voraus, daß eine Vertragserklärung über ihren Sinn Zweifel übrig lasse. Auch eine geltungserhaltende Inhaltsermittlung im Wege einer Umdeutung scheide aus, wo die Erklärung klar und zweifelsfrei sei.<sup>31</sup> Die Auslegung dürfe dem objektiven Parteiwillen nicht zuwiderlaufen und müsse sich innerhalb der Auslegungsschranken des § 157 BGB halten.<sup>32</sup> Auch wenn diese inhaltlichen Schranken von der Judikatur nicht näher bestimmt werden, so legt doch schon der Hinweis auf § 157 BGB die Folgerung nahe, daß auch und gerade objektive Kriterien zu berücksichtigen sind. In all diesen Fällen ergibt sich infolge der Auslegung nicht mehr die Notwendigkeit, das Schicksal des restlichen Vertrages zu prüfen; dieser ist ohne weiteres als gültig anzusehen.<sup>33</sup>

c) Mit den geschilderten Grundsätzen eng verbunden ist das Verbot der gesetz- bzw. sittenwidrigen ergänzenden Auslegung.<sup>34</sup> Es folgt schon daraus, daß die Ergänzung eines Vertrages nach Treu und Glauben vorzunehmen ist. Die Rechtsprechung hat zunächst formuliert, eine mit höherrangigem Recht kollidierende ergänzende Auslegung sei von den Parteien nicht gewollt.<sup>35</sup> In anderen Entscheidungen

---

<sup>26</sup> BGHZ 53, 189, 192f. = (ausführlicher) BGH NJW 1970, 999, 1001; *Soergel/Knopp* § 157, 118, der diese Entscheidung im Rahmen der ergänzenden Auslegung behandelt; *Palandt/Heinrichs* vor § 12 EGBGB, 2 a cc; a. A. *Marsch* S. 94, der den favor negotii allerdings nur bei Fragen der Form für ausschlaggebend hält.

<sup>27</sup> Vgl. *Marsch* S. 93 und unten § 18 I 3.

<sup>28</sup> BGHZ 76, 16, 25ff.; OLG Düsseldorf WuW 1974, 645, 648.

<sup>29</sup> BayVGH BayVBl 1977, 246, 247; 1977, 405, 406f.

<sup>30</sup> Vgl. BGHZ 76, 16, 28, wo ausgesprochen wird, der Wortlaut des Vertrages sei nicht so eindeutig, daß er die Auslegung im vorher erörterten (die Nichtigkeit vermeidenden) Sinn ausschliesse; BGHZ 67, 101, 104, wo wegen des „klaren Wortlauts der Klausel“ eine einschränkende Auslegung abgelehnt wird. BayVBH BayVBl 1977, 405, 407 spricht nur davon, daß eine gesetzeskonforme Auslegungsalternative nicht gegeben sei.

<sup>31</sup> RGZ 82, 308, 316, das Gericht zitiert in diesem Zusammenhang nur § 157 BGB; zustimmend *Palandt/Heinrichs*<sup>40</sup> § 133, 4 a; vgl. auch BGH LM Nr. 7 zu § 133 (B) BGB.

<sup>32</sup> BayVGH BayVBl 1977, 246, 247. Das OLG Düsseldorf WuW 1974, 645, 648 nennt ebenso wenig wie BGH NJW 1971, 1034, 1035 die Grenzen der geltungserhaltenden Auslegung. Es bleibt daher nur der Rückgriff auf die allgemeinen Grenzen, vgl. z. B. MünchKomm/Mayer-Maly § 157, 48ff.; OVG Münster DVBl 1970, 840.

<sup>33</sup> Vgl. z. B. BGHZ 60, 199, 205; 76, 16, 25ff.

<sup>34</sup> BGH NJW 1970, 468, 469 für einen Vertrag; BGH WM 1974, 74, 75f. für eine einzelne Klausel; MünchKomm/Mayer-Maly § 157, 50; *Leenen* MDR 1980, 356.

<sup>35</sup> BGHZ 12, 337, 345; *Palandt/Heinrichs* § 157, 2 e bb.

wurde ausgesprochen, die Parteien dürften nicht gezwungen werden, eine Ergänzung hinzunehmen, die zur Nichtigkeit führen würde<sup>36</sup> bzw. betont, es sei Aufgabe der ergänzenden Vertragsauslegung, wirksame Regelungen zu finden.<sup>37</sup> Hierin liegt methodisch eine Parallele zur verfassungskonformen Rechtsfortbildung,<sup>38</sup> die Weiterentwicklung des Gesetzes wie auch des Vertrages ist nur in Übereinstimmung mit höherrangigen Normen möglich.

Schon aus diesem Grund ist die Entscheidung des AG Emden<sup>39</sup> abzulehnen; dort sah das Gericht in der Vermietung eines Doppelzimmers einen Verstoß gegen die guten Sitten, wenn das Zimmer von einem nicht verheirateten Paar benutzt werden sollte, dies aber der Mieter bei Abschluß des Vertrages nicht zu erkennen gegeben hatte. Denn bei einer bloßen Einigung über die essentialia eines Mietvertrags<sup>40</sup> darf nicht mittels ergänzender Auslegung die Vereinbarung so vervollständigt werden, daß der Inhalt dieser Abmachung nunmehr gegen § 138 BGB verstößt.<sup>41</sup> Die entsprechende Rezeption des Urteils in der Literatur als Frage der Sittenwidrigkeit<sup>42</sup> erweist sich daher als dogmatisch falsche Sicht des Problems.<sup>43</sup>

3. Geltungserhaltende Auslegung spielt eine Rolle auch im Sachenrecht, insbesondere wo es um die Abtretung von Forderungen geht.

a) An erster Stelle sind dabei die Problematik der Kollision zwischen Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt und ähnliche Konstellationen<sup>44</sup> zu nennen. Obwohl bei dieser Streitfrage die Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts nicht nur im Wege der Auslegung erreicht wird, seien die verschiedenen Lösungsansätze im Zusammenhang besprochen.

(1) Ausgangspunkt für den BGH ist seine<sup>45</sup> – von der Literatur zum Teil aller-

<sup>36</sup> BGH NJW 1970, 468, 469.

<sup>37</sup> BGH WM 1974, 74, 76; ähnlich auch BGH NJW 1970, 468, 469: Die ergänzende Auslegung habe den Sinn, eine dem Vertragszweck entsprechende Durchführung des Vertrages zu gewährleisten; BGH NJW 1979, 2352.

<sup>38</sup> Vgl. oben § 5 I 5.

<sup>39</sup> AG Emden NJW 1975, 1363 f.

<sup>40</sup> Darauf weisen *Händel* NJW 1976, 521, *Beer* JuS 1977, 375, *Leenen* MDR 1980, 355 zu Recht hin; vgl. auch *Palandt/Thomas* § 535, 1 a.

<sup>41</sup> *Leenen* MDR 1980, 356.

<sup>42</sup> *Palandt/Heinrichs* § 138, 5g; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 138, 57; *Soergel/Hefermehl* § 138, 178; *Staudinger/Dilcher* § 138, 94; *Peters* NJW 1975, 1890; *Schickedanz* NJW 1975, 1890f.; *Schneider* WuM 1975, 221 f.; *Lindacher* JR 1976, 62; *Bergfelder* WuM 1977, 46; *Beer* JuS 1977, 375 f.

<sup>43</sup> *Leenen* MDR 1980, 356; so jetzt auch *MünchKomm/Mayer-Maly* Nachtrag zu § 138, 57.

<sup>44</sup> BGH NJW 1974, 942: Kollision Lieferantenglobalzession – verlängerter Eigentumsvorbehalt; BGHZ 69, 254; 72, 15: Kollision verlängerter Eigentumsvorbehalt – factoring; BGHZ 75, 391: Kollision Geldkredit – factoring; BGHZ 79, 16: Kollision Warenkreditgeber – sonstige Kreditgeber; weitere Fälle bei *Bettel/Marwede* BB 1979, 121 ff.

<sup>45</sup> BGHZ 10, 228, 232 ff.; 30, 149, 151 ff. (dort auch mit § 134 BGB begründet); 32, 361, 365 f. (dort auch mit § 134 BGB begründet); 55, 34, 35; 69, 254, 257; 72, 308, 310; BGH NJW 1960, 1003, 1004; 1968, 1516, 1518; 1969, 318, 319; 1974, 942, 943; 1982, 164, 166; 1982, 571; WM 1962, 13, 14 f.; 1969, 1072, 1073; 1971, 71, 74; 1977, 480; BB 1969, 1105 f.; 1980, 336, 337;

dings heftig bestritten<sup>46</sup> – Auffassung, im Verhältnis der beiden Zessionen gelte zwar das Prioritätsprinzip, eine Globalzession, die keinerlei Rücksicht auf die Lieferanten von Waren unter Eigentumsvorbehalt nehme, sei aber wegen der darin liegenden Verleitung des Zedenten zum Vertragsbruch gegenüber dem Zweitcessionar sittenwidrig und daher nichtig. Das Gericht hat dabei allerdings nicht klar zum Ausdruck gebracht, ob Teil- oder Totalnichtigkeit die Folge sei. Während einige Urteile ersteres anzunehmen scheinen,<sup>47</sup> indem sie davon sprechen, die Zession sei sittenwidrig, *soweit* die Kollision reiche, wird in anderen Entscheidungen von Totalnichtigkeit ausgegangen;<sup>48</sup> diese Ansicht entspricht der h. M. im Rahmen des § 138 BGB.<sup>49</sup>

Befürwortet man Nichtigkeit, *soweit* eine Verleitung zum Vertragsbruch vorliegt, so kommt man ohne weiteres zum selben Ergebnis wie bei gesetzeskonformer Auslegung. Denn die Unwirksamkeit der Zession reicht zunächst nur so weit wie der Verstoß gegen die guten Sitten. Nach herkömmlicher Dogmatik wäre allerdings im Anschluß daran das Schicksal des restlichen Vertrages anhand von § 139 BGB zu prüfen.<sup>50</sup> Allerdings führt die Norm bei den hier besprochenen Fällen nach der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – nicht zur Totalnichtigkeit. So hat das OLG Bremen bei der Kollision zwischen (auch unechtem) Factoring und verlängertem Eigentumsvorbehalt die Zession nur insoweit als nichtig erachtet, als das Sicherungsstreben des Factors mißbilligenswert war. Dies sei der Fall, wenn auch nicht bevorschusste Forderungen zur Sicherung (und nicht nur zum Einzug) abgetreten seien, während die Zession bevorschusster Forderungen durch eine im Wege der Auslegung zu ermittelnde Einzugsermächtigung des Vorbehaltslieferanten gedeckt sei. Eine Reduktion sei nach der in § 139 BGB angelegten und von den Parteien gewollten Streichungsbefugnis möglich, wenn der Makel des mißbilligswerten Teils nicht auf den verbliebenen Teil ausstrahle.<sup>51</sup>

---

DB 1970, 1429, 1430 (dort auch mit § 134 BGB begründet); implizit auch BGHZ 76, 16, 18 f.; zustimmend *Palandt/Heinrichs* § 398, 3e; RGRK/Weber § 398, 83 ff.; *Lempenau* S. 69 ff.; zustimmend zum Prioritätsprinzip auch *Baur* § 59 VI.

<sup>46</sup> Vgl. z. B. *Flume* NJW 1950, 847; *ders.* 1959, 918; *Esser* JZ 1968, 281; *Beuthien* BB 1971, 376; *Franke* JuS 1978, 373 ff.

<sup>47</sup> Z. B. BGHZ 30, 149, 153; 32, 361, 366.

<sup>48</sup> BGHZ 72, 308, 315; 79, 16, 18; BGH NJW 1974, 942, 943; OLG Bremen ZIP 1980, 539, 542; wohl auch BGH NJW 1968, 1516, 1518; 1969, 318, 319. In der Literatur wird in der Regel davon ausgegangen, daß nach der Rechtsprechung der Verstoß gegen § 138 BGB in diesem Fall zur Totalnichtigkeit führt; vgl. *Franke* JuS 1978, 373; *Bette/Marwede* BB 1979, 122; *Karsten Schmidt* DB 1977, 68, 70; *Esser* ZHR 135, 328. Dazu, daß die Rechtsprechung durchaus nicht immer annimmt, vgl. sogleich im Text.

<sup>49</sup> Vgl. die Darstellung unten § 9 II mit Fn. 3, aber auch die Kritik von *Franke* JuS 1978, 373.

<sup>50</sup> Vgl. BGHZ 30, 149, 153 f.

<sup>51</sup> OLG Bremen ZIP 1980, 539, 542; zustimmend *Canaris* NJW 1981, 249; ablehnend *Kunth* BB 1981, 339, der wegen der seiner Meinung nach nötigen Umgestaltung des Vertrages § 140 BGB für einschlägig hält; diese Norm scheide aber bei Sittenwidrigkeit aus (unter Hinweis auf BGHZ 68, 204, 207 f.). Die Pflicht zur Verwaltung und Auskehrung bei der uneigennützigen Treuhand ergibt sich freilich schon aus nicht kodifiziertem dispositiven Recht (vgl. z. B. MünchKomm/Quack Anh. §§ 929–936, 66), so daß es einer entsprechenden Erwei-

Folgt man dagegen Totalnichtigkeit aus der Verleitung zum Vertragsbruch, so stellt sich die Frage der Nichtigkeitsvermeidenden Interpretation. Nach Ansicht der Rechtsprechung fehlt es an der Sittenwidrigkeit, wenn die Globalzession nach der vertraglichen Abmachung hinter den später begründeten Ansprüchen aus einem verlängerten Eigentumsvorbehalt zurücktreten soll.<sup>52</sup> Dieses Ergebnis könne auch durch Auslegung der Globalzession gewonnen werden, wobei es auf den bloßen Wortlaut der Abtretungsurkunde nicht entscheidend ankomme; den Ausschlag gebe vielmehr der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien. Dieser könne schon daraus ersehen werden, daß der Zessionar die entsprechende Rechtsprechung kenne.<sup>53</sup> Der BGH ist so weit gegangen, einen entsprechenden Vorbehalt anzunehmen, ohne daß sich dazu im Vertrag ein Anhaltspunkt ergab.<sup>54</sup> Zum selben Resultat kam das Gericht bei Vereinbarung eines die Sittenwidrigkeit nicht verhindernden schuldrechtlichen Teilverzichts des Zessionars zugunsten des Warenlieferanten. Eine allgemein gehaltene salvatorische Klausel sei so zu verstehen, daß die Parteien die Globalzession insoweit retten wollten, als ihr der Makel der Sittenwidrigkeit nicht anhafte. Daß die Globalzession bei der Kollision zurücktreten solle, könne durch Auslegung ermittelt werden.<sup>55</sup> Die salvatorische Klausel sei hinreichend bestimmt, zumal als gültige Abrede nur in Betracht komme, die mit dem verlängerten Eigentumsvorbehalt behaftete Forderung nicht unter die Globalabtretung fallen zu lassen. Damit sei auch keine Änderung des Vertrages verbunden; es werde lediglich die zu weit gehende und daher unwirksame Regelung auf einen eingeschränkten und somit zulässigen und von den Parteien gewollten Inhalt zurückgeführt.<sup>56</sup> Nicht ganz klar ist in diesen Entscheidungen, ob die Lösung mittels Auslegung gewonnen wird oder die salvatorische Klausel nur bei der Widerlegung der Regel des § 139 BGB ihre Bedeutung hat. In anderen Fällen ging es um die Sittenwidrigkeit einer Vorauszession aufgrund verlängerten Eigentumsvorbehalts, bei dem die Lieferung des Vorbehaltsverkäufers nur einen geringen Bruchteil derjenigen Leistung ausgemacht hatte,

---

terung durch das Gericht gar nicht bedarf. Zudem ist der Ausschluß der Umdeutung bei Vorliegen des § 138 BGB nicht folgerichtig; vgl. unten § 15 II 2. – Die Aufhebung des Urteils durch BGH NJW 1982, 164 ff. erfolgte nicht wegen der hier interessierenden Frage, sondern weil der BGH den Vertrag bei unechtem Factoring insgesamt als sittenwidrig ansah. – Freilich kann die Kollision factoring – verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession – verlängerter Eigentumsvorbehalt nicht in allen Fällen gleichbehandelt werden (vgl. *Larenz II* § 63 III); im hier referierten Fall ergibt sich die Gleichstellung daraus, daß die Globalzession auch Sicherungsinteressen diene.

<sup>52</sup> BGHZ 30, 149, 154; BGH NJW 1974, 942, 943.

<sup>53</sup> BGHZ 30, 149, 154; 72, 308, 315 f.; 79, 16, 18 f.; BGH BB 1980, 836, 837; NJW 1974, 942, 943 unter Berufung auf BGHZ 20, 109, 110 und BGH LM Nr. 2 zu § 157 (Gf) BGB, wo auf die Grundsätze der *falsa demonstratio* abgehoben wird; angedeutet in WM 1962, 13, 16; *Kaduk* Festschrift für Larenz S. 700; ablehnend *Meyer-Cording* NJW 1979, 2129.

<sup>54</sup> BGH NJW 1974, 942, 943.

<sup>55</sup> BGHZ 72, 308, 315 f. unter Berufung auf BGH NJW 1974, 942, 943 und BGHZ 30, 149, 153; BGH BB 1980, 336, 337; ebenso BGHZ 46, 117, 123; zustimmend *Lwowski* ZIP 1981, 458.

<sup>56</sup> BGH BB 1980, 336, 337.



die der Vorbehaltskäufer seinerseits an seine Kunden erbrachte. Nach „vernünftiger Auslegung“ der Lieferbedingungen seien diese so zu interpretieren, daß nur ein Teil der Forderungen gegen die Kunden abgetreten sein solle. Damit stelle sich auch nicht die Frage, ob die Abtretung der Ansprüche in vollem Umfang gegen die guten Sitten verstoße und damit nichtig sei.<sup>57</sup>

(2) Die Rechtsprechung kommt im Ergebnis zu einer horizontalen Teilung der Globalzession, also der vorrangigen vollen Sicherung des Warenlieferanten, wie sie auch von Teilen der Literatur vorgeschlagen wird.<sup>58</sup> Die Lösungen der Lehre<sup>59</sup> reichen dabei vom Gedanken der Surrogation, mittels derer die Forderungen zur Sicherung des Warenkreditgebers der rechtsgeschäftlichen Vorausverfügung entzogen werden,<sup>60</sup> bis zum Näheprinzip, das das Institut der Globalzession in sich beschränkt und diese nur insoweit als wirksam anerkennt, als sie nicht den Teil erfaßt, der dem Wert der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware entspricht.<sup>61</sup> Demgegenüber plädieren andere für eine vertikale Teilung, also für eine anteilige Sicherung des jeweiligen Gläubigers entsprechend seinem Beitrag zu dem Wert der Ware.<sup>62</sup>

Hier geht es weniger um die Frage, welchem der vorgeschlagenen Aufteilungsmaßstäbe der Vorzug zu geben ist; untersucht werden soll, wie die Literatur ihre Vorschläge dogmatisch absichert, mittels derer sie fast durchgängig die Totalnichtigkeit vermeidet.

Primär dient die restriktive Auslegung der entsprechenden vertraglichen Abreden als Ansatzpunkt, wobei allerdings in starkem Maß objektive Kriterien herangezogen werden.<sup>63</sup> So wird bei der Kollision unechtes Factoring – verlängerter Eigentumsvorbehalt die Abtretung lediglich als Ermächtigung zur Einziehung nach § 185 BGB interpretiert.<sup>64</sup> Andere wollen das Ergebnis durch sittenkonforme Vertragsergän-

---

<sup>57</sup> BGHZ 79, 16, 18 ff.; ähnlich RGZ 155, 26, 32; BGHZ 26, 178, 182; BGH LM Nr. 8 zu § 398 BGB; entgegen BGHZ 79, 16, 18 f. ist freilich in BGH WM 1960, 1063, 1064 und 1969, 1072, 1073 nicht mit der „vernünftigen Auslegung“ argumentiert worden; im Ergebnis zustimmend *Lambsdorff* ZIP 1981, 245, der allerdings zu Recht rügt, daß der BGH sich mit den Gegnern der geltungserhaltenden Auslegung nicht auseinandergesetzt habe; ablehnend *Meyer-Cording* NJW 1981, 2338 f.

<sup>58</sup> *Flume* NJW 1950, 847; *ders.* NJW 1959, 920; *Karsten Schmidt* DB 1977, 69; *Franke* JuS 1978, 375 f.

<sup>59</sup> Einen detaillierten Überblick gibt *Serick* IV §§ 48 ff.

<sup>60</sup> Vgl. z. B. *Karsten Schmidt* DB 1977, 68 ff.

<sup>61</sup> *Flume*, *Franke* wie Fn. 58.

<sup>62</sup> *Erman* BB 1959, 1112; *Esser* JZ 1968, 284 unter Heranziehung des Gedankens des § 947 Abs. 1 BGB. Vom Ergebnis her kann die horizontale Teilung schon deswegen Vorrang vor der vertikalen Teilung beanspruchen, weil der Warenkreditgeber in aller Regel nur unter dem Druck der Umstände auf die sofortige Bezahlung verzichtet, während es das Geschäft der Banken ist, Geld zu verleihen.

<sup>63</sup> Vgl. z. B. *Erman* BB 1959, 1112; *Kaduk* Festschrift für Larenz S. 700 f.; *Serick* IV § 50 III 3b; wohl auch *Karsten Schmidt* DB 1977, 70; *Esser* JZ 1968, 284 f. glaubt dies nur durch entsprechende salvatorische Klauseln in AGB bewerkstelligen zu können (vgl. dazu auch im Text unter (3)).

<sup>64</sup> *Canaris* NJW 1981, 258; OLG Bremen ZIP 1980, 539, 541 f.

zung<sup>65</sup> erreichen; zum Teil wird dabei nur auf die objektive Würdigung der Interessenlage abgestellt, ein Verstoß durch vertraglichen Ausschuß einer aus dieser Interessenlage resultierenden Verfügungsermächtigung des Zedenten als Verstoß gegen § 138 BGB gewertet, was diese Abrede nichtig mache.<sup>66</sup> Ein anderer Vorschlag will der späteren mißbräuchlichen Ausnutzung der Gläubigerstellung – also zum Nachteil des Warenlieferanten – den Einwand aus § 242 BGB entgegensetzen.<sup>67</sup> Einen weiteren Lösungsweg sucht man in der Bejahung von Teilnichtigkeit.<sup>68</sup> Schließlich argumentieren Stimmen in der Literatur, schon die institutionellen Schranken der Sicherungszession verhinderten die Abtretung der Forderungen, wenn der Zedent dadurch Vertragsbruch begehen würde.<sup>69</sup>

Einigkeit herrscht jedenfalls darüber, daß auch die Anwendung von § 139 BGB nicht zur Totalnichtigkeit führen könne. Für die Vertreter der Lösung der Kollision durch Auslegung wie auch durch die Annahme von institutionellen Schranken stellt sich das Problem von vornherein nicht,<sup>70</sup> die Befürworter der Teilnichtigkeit sehen § 139 BGB als widerlegt an.<sup>71</sup>

(3) Freilich hat der BGH in einer früheren Entscheidung betont, daß eine Teilung nicht in Frage komme. Dafür gebe es schon keine gesetzlichen Grundlagen, eine entsprechende (einschränkende) Auslegung der Zession scheitere zudem daran, daß der Wille des Zessionars dahin gehe, die gesamte Forderung zu erwerben. Selbst wenn sich ein entsprechender Wille feststellen ließe, könne der Umfang der jeweiligen Teilforderung nicht bestimmt werden.<sup>72</sup>

Betrachtet man die angeführten Argumente des Gerichts genauer, so erweisen sich die beiden ersten als nicht tragfähig, um die Teilung der Forderungen, damit eine Aufrechterhaltung der Zession im gesetzlich möglichen Rahmen, abzulehnen. Daß es keine gesetzliche Grundlage für eine Teilung gibt, heißt doch nicht, daß eine teilweise Zession nicht möglich oder gar verboten ist.<sup>73</sup> Stellt man den Willen des

<sup>65</sup> *Erman* BB 1959, 1112; *Kaduk* Festschrift für Larenz S. 701; *Canaris* NJW 1981, 252.

<sup>66</sup> *Bette/Marwede* BB 1979, 125f. *Blaurock* ZHR 142, 338 begründet die Entscheidung BGHZ 69, 254, 259f. damit, daß ein Verstoß gegen § 138 BGB vorläge, wenn die Ermächtigung des Vorbehaltsverkäufers nicht auch die Veräußerung der Forderung durch den Vorbehaltskäufer an den Factor gegen Erstattung des Kaufpreises decke, weil das über das legitime Schutzinteresse des Vorbehaltsverkäufers hinausginge.

<sup>67</sup> *Erman* BB 1959, 1110; *Canaris* NJW 1981, 252f.; *Finger* JZ 1970, 644 Fn. 34; so auch für den ähnlichen Fall, daß der Factor sich gegenüber dem Warenlieferanten nicht auf die Gläubigerstellung berufen darf, obwohl die Zession als solche wegen der Bezahlung durch den Factor nicht zu beanstanden ist, BGHZ 69, 254, 259f.

<sup>68</sup> *Finger* JZ 1970, 644; *Canaris* NJW 1981, 252.

<sup>69</sup> *Flume* NJW 1959, 919; *Franke* JuS 1978, 375f.; wohl auch *Karsten Schmidt* DB 1977, 70; *Scherner* BB 1968, 1270, anders aber 1271, wo er entsprechende vertragliche Abreden fordert; in diese Richtung tendiert auch OLG Bremen ZIP 1980, 539, 542f. – *Flume* NJW 1959, 920 Fn. 32 betont ausdrücklich, daß es nicht auf den Willen des Zessionars, sondern nur auf den institutionellen Sinn der Sicherungszession ankomme.

<sup>70</sup> Vgl. z. B. *Bette/Marwede* BB 1979, 125.

<sup>71</sup> *Finger* JZ 1970, 644.

<sup>72</sup> BGHZ 32, 361, 364f.

<sup>73</sup> Vgl. *Esser* ZHR 135, 320.

Zessionars in Rechnung, so kann man daraus, daß er die ganze Forderung hat erwerben wollen, doch nicht folgern, er zöge Totalnichtigkeit der Teilnichtigkeit vor.<sup>74</sup> Die in dieser Hinsicht abweichende spätere höchstrichterliche Rechtsprechung entspricht eher seinem Willen, die Zession zu retten, wenigstens *soweit* diese nicht gegen § 138 BGB verstößt. Wenig überzeugend erschiene es allerdings, einen solchen Willen des Zessionars nur dann zu bejahen, wenn er Niederschlag in einer entsprechenden salvatorischen Klausel gefunden hat. Abgesehen davon, daß die Aufnahme solcher Klauseln oft vom Zufall abhängt, zum Teil auch rein formularmäßig erfolgt, sind diese lediglich Bestärkung des auch schon aus der Interessenabwägung gefundenen Ergebnisses. Die Abwägung ist vorrangig, da sie vor allem eine genauere Gewichtung ermöglicht.

Das Argument, die hinreichende Bestimmbarkeit fehle, mag bei vertikaler Teilung zutreffen,<sup>75</sup> hat jedoch bei horizontaler Teilung keine Bedeutung, da hier die jeweils aus einem verlängerten Eigentumsvorbehalt resultierenden Forderungen hinreichend genau bestimmt und aus der Globalzession ausgenommen werden können.<sup>76</sup>

Berücksichtigt man die beteiligten Interessen, so sprechen die besseren Argumente für Teilnichtigkeit.<sup>77</sup> Sie trägt dem Anliegen des Zedenten wie auch der Gläubiger genügend Rechnung, während die Totalnichtigkeit über das Ziel eines gerechten Interessenausgleichs hinausschießen kann.<sup>78</sup> Das gilt insbesondere dann, wenn man an die subjektive Seite des § 138 BGB nur geringe Anforderungen stellt. Totalnichtigkeit ist allenfalls dann die gewünschte Rechtsfolge, wenn man ihr generalpräventiven Charakter beimißt, um so den Zessionar bereits zu sittenkonformer Vertragsgestaltung zu zwingen.<sup>79</sup> Freilich hat gerade der BGH das Wissen der Parteien um die Rechtsprechung zur Konkurrenz Globalzession – verlängerter Eigentumsvorbehalt als Indiz dafür genommen, daß eine Beschränkung auf das sittenkonforme Maß mittels Auslegung ermittelt werden könne.<sup>80</sup>

Jedenfalls wenn man dem Gedanken der Generalprävention hier keine Relevanz beimißt, darf Totalnichtigkeit auch nicht Konsequenz der Teilnichtigkeitsklärung und der sich daran anschließenden Anwendung des § 139 BGB sein. Wäre ein solches

---

<sup>74</sup> Vgl. *Finger* JZ 1970, 644; *Lindacher* AcP 173, 133.

<sup>75</sup> *Franke* JuS 1978, 375; entgegen *Franke* hat das BGHZ 30, 149, 152 nicht auch für die horizontale Teilung ausgesprochen. BGHZ 46, 117, 119f. hat allerdings bei Verarbeitungsklauseln eine Art vertikaler Teilung entsprechend dem Wert der beigesteuerten Rohprodukte zum Wert der Gesamtware zugelassen.

<sup>76</sup> Insoweit a. A. *Esser* ZHR 135, 329, der aber außer der Feststellung, „ganz sicher“ stehe das Klauselwerk der Banken einer solchen Annahme entgegen, keine Begründung gibt; wie hier *Erman* BB 1959, 1112; *Flume* NJW 1959, 921; *Franke* JuS 1978, 376; *Beuthien* BB 1971, 379. Zum Erfordernis der gesetzeskonformen Vorregelung vgl. genauer unten § 20.

<sup>77</sup> A. A. *Esser* ZHR 135, 330ff.

<sup>78</sup> *Karsten Schmidt* DB 1977, 69; *Flume* NJW 1959, 919; *Franke* JuS 1978, 373; vgl. auch BGHZ 79, 16, 24; BGH NJW 1964, 149, 150, wo betont wird, daß die Interessen des Kreditgebers mit einer Teilnichtigkeit voll erreicht würden und eine solche Auslegung daher der Interessenlage entspreche.

<sup>79</sup> *Lindacher* AcP 173, 124ff.; *Erman* BB 1959, 1112; dazu ausführlich unten § 18 III 1 b.

<sup>80</sup> BGHZ 72, 308, 315; BGH NJW 1974, 942, 943.

Vorgehen möglich, so hinge das Ergebnis von der Wahl des methodischen Ansatzes – Auslegung oder Teilnichtigserklärung und Eingreifen des § 139 BGB – ab. Das wäre um so unverständlicher, als das Auslegungsergebnis – wie gezeigt – von der Gewichtung der beteiligten Interessen abhängt und nicht einmal eines Rückhalts im Wortlaut der Vereinbarung bedarf. Dann aber läßt sich die Unterscheidung zwischen den beiden Vorgehensweisen nicht einmal mehr theoretisch ziehen. Um eine solche nicht legitimierbare Unterscheidung zu vermeiden, muß man jedenfalls den hypothetischen Parteiwillen im Rahmen des § 139 BGB mittels derselben Kriterien und mit demselben Ergebnis ermitteln, wie sie auch der Nichtigkeitsvermeidenden Auslegung zugrunde liegen.

b) Auch dort, wo es nicht um die Frage der Sittenwidrigkeit einer Zession ging, sondern ihre Wirksamkeit bzw. – was an dem hier interessierenden Problem nichts ändert – die Anfechtbarkeit nach § 31 Nr. 1 KO davon abhing, ob die Forderung an die Stelle eines Eigentumsvorbehalts oder des Miteigentums an einem neuen Gegenstand trete, hat der BGH die Zession als *insoweit* wirksam erachtet, als die abgetretene Forderung den „Anteilswert“ nicht überstieg.<sup>81</sup>

c) Einen gesetzeskonformen Inhalt ermittelte der BGH auch bei einem Verarbeitungsvorbehalt: Der Lieferant solle nach dem Vertrag zu dem Bruchteil Eigentümer der neu hergestellten Sache werden, der dem Verhältnis des Werts der Vorbehaltsware sowie des Verarbeitungswertes zum Gesamtwert der Ware entspreche. Diese Auslegung wurde trotz des Widerspruchs einer der beteiligten Parteien, und obwohl sie der BGH für nicht selbstverständlich hielt, gebilligt, weil nur so der Eigentumsvorbehalt gemäß dem Willen der Parteien verlängert werden könne.<sup>82</sup> In merkwürdigem Gegensatz dazu steht, daß der BGH in derselben Entscheidung nicht diejenige Auslegung favorisierte, die den Verarbeitungswert nach hinreichend bestimmbareren Kriterien festgelegt hätte, sondern als ebenso legitime Interpretationsmöglichkeit diejenige ansah, die dem Verarbeitungsvorbehalt den Erfolg versagte, obwohl hier nicht einmal der Fall einer Kollision vorlag.<sup>83</sup>

d) Die Vorausabtretung einer Forderung ist nur wirksam, wenn die abgetretene Forderung hinreichend bestimmbar ist.<sup>84</sup> Stehen aufgrund der von den Parteien gewählten Abgrenzungsmerkmale mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, so ist nach Ansicht des BGH zu ermitteln, was dem Willen der Vertragspartner bei Abschluß des Vertrages entspricht. Dabei ist dem Zweck der Zession und der Interessenlage des Zessionars Rechnung zu tragen. Unter mehreren Auslegungsmöglichkeiten verdient folglich diejenige den Vorzug, die am wenigsten der Gefahr ausgesetzt ist, von der Rechtsprechung wegen mangelnder Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung verworfen zu werden.<sup>85</sup> Der BGH hat für diese Frage die Parallele

<sup>81</sup> BGHZ 64, 312, 316; vgl. auch BGH NJW 1981, 2458, 2459 zur Aufteilung einer die sittliche Pflicht übersteigenden Schenkung im Rahmen der §§ 2325, 2330 BGB.

<sup>82</sup> BGHZ 46, 117, 120; BGH LM Nr. 8 zu § 398 BGB.

<sup>83</sup> BGHZ 46, 117, 121 ff.; vgl. auch BGH WM 1980, 877 und Fn. 16 und sogleich im Text.

<sup>84</sup> Vgl. statt aller MünchKomm/Roth § 398, 61 mwN.

<sup>85</sup> BGHZ 79, 16, 22; BGH NJW 1964, 149, 150; i. E. abgelehnt in BGHZ 26, 178, 183 f.

zur Nichtigkeitsvermeidenden Auslegung von Globalabtretungsverträgen betont.<sup>86</sup> Dagegen fehlt eine Abgrenzung zum Problem der Bestimmtheit bei Verarbeitungsvorbehalten.

4. Seit langem ist das Recht der AGB ein Hauptanwendungsfall der Beschränkung des vereinbarten Vertragsinhalts zum Schutze des Kunden. Das AGBG hat insoweit zum großen Teil nur die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze kodifiziert. Nach wie vor dienen der Kontrolle der wirtschaftlichen Übermacht nicht nur die direkte Inhaltskontrolle, sondern auch die (dieser logisch an sich vorgelagerten) Instrumente der §§ 3 und 5 AGBG.

a) Als ein Fall der gesetzeskonformen Auslegung kann der in § 3 AGBG niedergelegte Grundsatz angesehen werden, daß überraschende Klauseln nicht Vertragsinhalt werden.

(1) Unerheblich ist im vorliegenden Zusammenhang, ob man diese Norm als Auslegungsprinzip<sup>87</sup> oder als negative Einbeziehungsvoraussetzung<sup>88</sup> einordnet. Nimmt man letzteres an, so heißt das nur, daß der Unterwerfungserklärung des Kunden aufgrund zwingenden Rechts eine eingeschränkte Bedeutung beigemessen wird;<sup>89</sup> im Ergebnis zeigt sich jedoch kein Unterschied.

(2) Auch wenn eine Klausel in ihrer Gesamtheit überraschend ist, bleibt der Vertrag im übrigen aufrechterhalten. Dies ist aus der Sicht der h.M. schon deshalb konsequent, weil sich bei Inhaltsermittlung durch Auslegung die Frage der Teil- oder Totalnichtigkeit nach traditioneller Ansicht nicht stellt. Dennoch hat gerade die Anwendung des § 3 AGBG von der Problematik der Aufrechterhaltung des Vertrages her dieselbe Funktion wie die Inhaltskontrolle nach §§ 9ff. AGBG, die nach § 6 Abs. 1 AGBG ebenfalls nur zur Teilnichtigkeit des Vertrages führt. Das gilt ohnehin, wenn man mit der Rechtsprechung und Teilen der Literatur Überraschung (auch) bejaht, wenn der Klauselinhalt vom Leitbild des dispositiven Gesetzes abweicht.<sup>90</sup> Die Berechtigung dieses Maßstabs ergibt sich schon daraus, daß ein Schutz vor sachlich angemessenen Regelungen – selbst wenn sie als überraschend bezeichnet werden müßten – nicht notwendig ist.<sup>91</sup> Es kommt hinzu, daß die Qualifikation einer Klausel als überraschend den Vergleich mit der gängigen Gestaltung

<sup>86</sup> BGHZ 79, 16, 22 unter Hinweis auf BGHZ 30, 149, 153, 72, 308, 315, BGH NJW 1974, 942, 943; im Ergebnis zustimmend *Lambsdorff* ZIP 1981, 245.

<sup>87</sup> *Löwe/Trinkner* § 3, 5, 18; *Koch/Stübing* § 3, 2, 4; *Stein* § 3, 1.

<sup>88</sup> *Palandt/Heinrichs* AGBG § 3, 1; *Ulmer* § 3, 3; *Erman/H. Hefermehl* AGBG § 3, 1.

<sup>89</sup> *Brandner* JZ 1973, 615; die Überlegung ähnelt dem Argument der früheren Rechtsprechung, der Unterwerfungswille des Kunden sei nach § 242 BGB beschränkt; wegen des Grundsatzes des § 2 AGBG ist das Vorliegen einer Einbeziehungsvoraussetzung abzulehnen; vgl. unten 4d.

<sup>90</sup> So insbesondere die Rechtsprechung vor Erlaß des AGBG; vgl. z. B. BGHZ 17, 1, 3; 22, 90, 98; 33, 216, 219; 38, 183, 185; 51, 55, 59; 54, 106, 109; 60, 243, 245; 60, 377, 380; 71, 196, 204; BGH BB 1964, 1451; NJW 1977, 195, 197; 1978, 1519; 1979, 2353, 2354; WM 1978, 406, 408; aber auch nach Erlaß des Gesetzes; vgl. BGH NJW 1981, 117, 118 (der Vertrag war am 6. 4. 1977 geschlossen worden); OLG Nürnberg NJW 1977, 1402; *Staudinger/Schlosser* § 3, 2; § 13, 24; *Schlosser* § 3, 2; § 13, 34; unklar *Erman/H. Hefermehl* AGBG § 3, 3, 7.

<sup>91</sup> *Staudinger/Schlosser* § 3, 2; MünchKomm/Kötz AGBG § 3, 2 („selten“); a. A. *Schmidt-*

erfordert; diese ist aber in aller Regel aufgrund des dispositiven Gesetzes oder des in dem betreffenden Geschäftskreis Üblichen zu erschließen. Damit aber gewinnen dieselben Kriterien Relevanz, die auch im Rahmen der Inhaltskontrolle Verwendung finden – dort ist ebenfalls vom Leitbild des dispositiven Rechts auszugehen, wenn auch eine Verwerfung erst bei der Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken zu erfolgen hat.<sup>92</sup> Unterschiedliche Ergebnisse bezüglich des Schicksals des restlichen Vertrages wären hier nicht vertretbar. Auch wenn man mit dem überwiegenden Teil der Lehre das Überraschungsmoment nur bejaht, sofern es aus den konkreten Umständen des Vertragsabschlusses resultiert,<sup>93</sup> so ändert das nichts daran, daß das Instrumentarium des § 3 AGBG von den §§ 9ff. AGBG sich allenfalls im „Prüfungsmaßstab“ unterscheidet.

Sieht man von diesem ab, so entsprechen sich jedoch die beiden Vorgehensweisen; beide sondern einen Teil des Vertrages aus. Dem wird konsequenterweise dadurch Rechnung getragen, daß sich das Schicksal des Vertrages trotz der Einordnung des § 3 AGBG als Regelung der Auslegung nach § 6 Abs. 1 AGBG bestimmt.<sup>94</sup> Bei einer strikten Trennung zwischen Auslegung und Kontrolle erwiese sich ein Rückgriff auf § 6 Abs. 1 AGBG als unnötig, da diese Vorschrift als Ausnahme zu § 139 BGB<sup>95</sup> dann nur bei der Kontrolle ihren Platz hätte.

Trotzdem ist die Anwendung des § 6 Abs. 1 AGBG zur Klärung des Schicksals des restlichen Vertrages kein Fehler; werden Klauseln aufgrund der Auslegung nach § 3 AGBG nicht Vertragsinhalt, so stellen sich grundsätzlich dieselben Probleme wie bei der Verwerfung einzelner Abreden durch die Inhaltskontrolle. Das zeigt aber, daß es bei der Auslegung nicht nur um die Ermittlung des „Gewollten“ geht, sondern daß auch und gerade hier Normen des objektiven Rechts ihren Platz haben; es läßt sich daher von Auslegung in Übereinstimmung mit objektivem Recht sprechen – jedenfalls soweit es um die Ermittlung des Inhalts des Vertrages als Ganzem

Salzer F 24. Der BGH NJW 1977, 195, 196; 1978, 1519 spricht davon, daß eine sachlich nicht unangemessene Klausel überraschend sein könne. Nach Bejahung der Überraschung (wegen Unübersichtlichkeit des Klauselwerks) läßt er freilich erkennen, daß die AGB wegen ihrer konkreten Ausgestaltung des Klauselwerks (Unübersichtlichkeit) der Inhaltskontrolle nicht standgehalten hätten. Selbst wenn der Ausgangspunkt des BGH richtig wäre, hieße das nur, daß der Maßstab des § 3 AGBG strenger wäre als der der §§ 9ff. AGBG, nicht jedoch, daß § 3 AGBG nicht eine Kodifizierung des Prinzips der geltungserhaltenden Auslegung wäre; vgl. dazu sogleich im Text.

<sup>92</sup> Vgl. statt aller *Brandner* § 9, 59.

<sup>93</sup> *Reinelt* S. 41; wohl auch *Ulmer* § 3, 8, der zwar die Trennung zwischen unbilligen und überraschenden Klauseln betont, aber keine Kriterien nennt; MünchKomm/Kötz AGBG § 3, 2, in Nachtrag § 3, 4 bezeichnet Kötz die Abweichung vom „dispositivgesetzlichen Leitbild“ als eine notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für die Bejahung des Überraschungseffekts; wohl auch *Palandt/Heinrichs* AGBG § 3, 2a; *Stein* § 3, 3 „formale Überraschung“, in § 3, 6 tritt er für den Vorrang der §§ 9ff. AGB ein, die den § 3 AGBG verdrängen; *Löwe* § 3, 10; § 13, 23.

<sup>94</sup> *Ulmer* § 3, 25; MünchKomm/Kötz AGBG § 6, 3; *Palandt/Heinrichs* AGBG § 6, 2a; *Löwe/Trinkner* § 3, 16.

<sup>95</sup> Vgl. statt aller *Staudinger/Schlosser* § 6, 1; *Ulmer* § 6, 1.

geht. Anders ausgedrückt: Ist der Inhalt eines Vertrages zwar durch Auslegung zu ermitteln, findet aber gleichzeitig § 6 Abs. 1 AGBG Anwendung – der eben nicht bloß oder auch nur primär auf den Parteiwillen abstellt –, so lassen sich Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag eben nicht nur als Ergebnis des „Gewollten“ begreifen. Umgekehrt bedeutet dies schon einen Hinweis darauf, daß auch infolge der Auslegung zutage tretende unzumutbare Härten zu berücksichtigen sind und zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führen können.<sup>96</sup>

Diese Überlegungen tragen zu einer Klärung des Verhältnisses zwischen § 3 und §§ 9ff. AGBG für den Fall des Unterlassungsprozesses bei. Ohnehin ist bereits die Unsicherheit über die Frage, inwieweit § 3 AGBG im Verfahren nach §§ 13ff. AGBG anzuwenden ist, ein weiteres Indiz dafür, daß sich Auslegung und Kontrolle nicht trennen lassen. Hält man sich den Zweck der §§ 13ff. AGBG vor Augen, so zeigt sich, daß das Verfahren unabhängig davon sein muß, ob die Klausel im Einzelfall Vertragsbestandteil werden kann.<sup>97</sup> Sonst würde gerade für besonders unbillige – und insoweit auch überraschende – Klauseln die gesetzgeberische Intention leerlaufen, derzufolge schon vorab die Prüfung solcher Bestimmungen möglich sein soll.<sup>98</sup> Die Statuierung der §§ 9–11 AGBG gewinnt insoweit die Funktion einer Einschränkung. Der Überraschungseffekt allein genügt nicht, es muß zusätzlich ein Verstoß gegen §§ 9ff. AGBG vorliegen.<sup>99</sup>

(3) Der Überraschungseffekt kann – folgt man der Rechtsprechung – auch lediglich das Ausmaß der rechtlichen Begünstigung des Verwenders durch seine AGB betreffen. So wurde ein erweiterter Eigentumsvorbehalt als *insoweit* überraschend angesehen, als er sich nicht nur auf die Ansprüche bezog, die mit dem geschlossenen Kaufvertrag zusammenhängen oder aus einer Geschäftsverbindung herrührten, die schon bei Abschluß des Kaufvertrages bestanden habe, sondern als er sich auch auf Ansprüche aus später abgeschlossenen Verträgen beziehen sollte.<sup>100</sup> Als nahezu selbstverständlich wirksam behandelte der BGH jedoch den Eigentumsvorbehalt, soweit er sich in den zugelassenen Grenzen bewegte.<sup>101</sup> In ähnlicher Weise hat der BGH Ziff. 19 AGB der Privatbanken (Pfandrecht) die Wirkung insoweit versagt, als

---

<sup>96</sup> Vgl. unten § 18 II 5.

<sup>97</sup> OLG Karlsruhe NJW 1981, 405, 406 mit zustimmender Anm. *Micklitz; Hensen* § 13, 2, 24 mit dem Hinweis, daß überraschende Klauseln durch eine Belehrung diesen Charakter verlieren könnten; *Palandt/Heinrichs* AGBG § 13, 2b; *MünchKomm/Gerlach* AGBG § 13, 16; *Staudinger/Schlosser* § 13, 24; *Koch/Stübing* § 13, 6; a. A. *Löwe* § 13, 23, anders aber § 13, 25.

<sup>98</sup> Vgl. statt aller BGH NJW 1981, 979, 980; ähnlich OLG Karlsruhe NJW 1981, 405, 406.

<sup>99</sup> *MünchKomm/Gerlach* § 13, 15; *Erman/H. Hefermehl* AGBG § 3, 4.

<sup>100</sup> BGH NJW 1968, 885 = (ausführlicher) BGH WM 1968, 447, 449.

<sup>101</sup> Der BGH WM 1968, 447, 449 spricht ausdrücklich davon, daß sich der verlängerte Eigentumsvorbehalt am Omnibus S 11 nicht auf Ansprüche aus dem Verkauf des Omnibus S 8 beziehe. Er hält also den Eigentumsvorbehalt bezüglich des erstgenannten für wirksam, was auch daraus folgt, daß er die Befriedigung der Ansprüche des Verkäufers aus dem Verkauf des S 11 ausdrücklich feststellt. Zustimmung zu dieser Entscheidung, allerdings ohne Problematisierung der hier erörterten Frage, *Löwe/Trinkner* § 3, 21. *MünchKomm/Kötz* § 3, 9 lehnt zwar die Einordnung unter § 3 AGBG ab, kommt aber über die Inhaltskontrolle zum selben Ergeb-

Papiere lediglich zur Diskontierung eingereicht wurden. Der Wille des Kunden, die Papiere unbelastet zurückzuerhalten, sei klar zum Ausdruck gekommen, die Bank habe die Papiere auch mit dieser Einschränkung entgegengenommen, weswegen Ziff. 19 AGB der Banken in diesem Fall nicht gelte.<sup>102</sup> Die Entscheidung wird dogmatisch mit dem Überraschungsmoment zu begründen sein.<sup>103</sup>

Die Anwendung des § 3 AGBG führt somit im Ergebnis zu einer geltungserhaltenden Reduktion der Klausel; auch insofern kann die Norm als Ausprägung des Grundsatzes der gesetzeskonformen Auslegung verstanden werden. Damit allerdings entstünde eine Diskrepanz zur Folge eines im Wege der Inhaltskontrolle festgestellten partiellen Verstoßes gegen §§ 9 ff AGBG, wenn man mit der h. M. für einen solchen Fall Totalnichtigkeit annimmt.<sup>104</sup> Diese Diskrepanz durch die verschiedenen „Prüfungsmaßstäbe“ rechtfertigen zu wollen, schlägt fehl, wenn man mit der Rechtsprechung insoweit keine Unterschiede macht.<sup>105</sup> Auch die Annahme verschiedener Strenge der Kontrollnormen würde eine Ungleichbehandlung schwerlich begründen können, einmal, weil sich solche Differenzen in den Rechtsfolgen aus unterschiedlichen Maßstäben kaum ableiten lassen, zum anderen, weil die Konsequenz des Überraschungseffekts wie der Inhaltskontrolle für den Gesamtvertrag sich nach § 6 AGBG bestimmen; dem widerspräche es, bei der Frage der Teilnichtigkeit einzelner Klauseln so divergierende Lösungen zu befürworten.<sup>106</sup> Das heißt wiederum, daß zwischen Auslegung und Kontrolle im Rahmen des AGBG keine greifbaren Abgrenzungskriterien existieren, das bestätigt zumindest die Notwendigkeit einheitlicher Behandlung, damit indirekt das Prinzip der gesetzeskonformen Auslegung.

b) (1) Gesetzeskonforme Auslegung ist auch das Resultat des Grundsatzes der restriktiven Auslegung von AGB. Dieser führt zu dem einen dazu, daß der Vertrag bei einschränkender Auslegung im übrigen aufrechterhalten bleibt.<sup>107</sup> Das ist bei Auslegung wiederum konsequent, da sich nach traditioneller Ansicht hier die Frage der Teilnichtigkeit nicht stellt. Im übrigen kann auch enge Auslegung nicht dazu führen, daß einzelne Klauseln insgesamt nicht Vertragsbestandteil werden; deswegen scheidet § 6 Abs. 1 AGBG schon seinem Wortlaut nach aus.

(2) Wesentlich größere Bedeutung hat indessen das Ergebnis der restriktiven Aus-

---

nis. Im Anschluß an diese Entscheidung hat das OLG Frankfurt NJW 1981, 130 die Klausel allerdings in einem Verfahren nach §§ 13 ff. AGBG für totalnichtig erklärt, da ein Verbot nur in Bezug auf künftige Forderungen eine unzulässige Umgestaltung gewesen wäre.

<sup>102</sup> BGH WM 1968, 695; vgl. aber auch BGH NJW 1981, 1600 u. dazu § 7 Fn. 7.

<sup>103</sup> Staudinger/Schlosser § 3, 29. Trinkner § 4, 15 deutet dies als einen Fall des Vorrangs der Individualabrede.

<sup>104</sup> Vgl. § 8 I 1 a.

<sup>105</sup> S. die Nachw. in Fn. 90.

<sup>106</sup> Konsequent Staudinger/Schlosser § 3, 2 der auch im Rahmen des § 3 AGBG die geltungserhaltende Reduktion einer Klausel ablehnt.

<sup>107</sup> BGH WM 1975, 409, 410; die Berufung auf BGHZ, 22, 90, 92; 62, 323, 327; BGH NJW 1972, 1227, 1228 für diese Aussage ist deswegen nicht ganz korrekt, weil es dort um das Schicksal des Vertrages bei Nichtigkeit einer Klausel infolge der Inhaltskontrolle ging, kann aber wiederum als Indiz für die Gleichbehandlung beider Fälle genommen werden.



legung, soweit es um die Reduktion des Inhalts einer Klausel geht; insofern wird dasselbe Ergebnis erzielt wie bei einer Teilnichtigkeitsklärung der Klausel im Wege der Inhaltskontrolle.<sup>108</sup>

Der BGH hat in einer Reihe von Urteilen entschieden, Freizeichnungsklauseln, die die Haftung der Bauträger gegen Abtretung ihrer Ansprüche gegen die Bauhandwerker an die Besteller ausschließen, seien eng auszulegen und könnten daher die Eigenhaftung der Bauträger nur insoweit abdingen, als sich die Erwerber aus den ihnen gleichzeitig abgetretenen Ansprüchen schadlos halten könnten.<sup>109</sup> Er hat dieses methodische Prinzip ausdrücklich gegen die anderslautende Ansicht eines Berufungsgerichts verteidigt. Dieses hatte die Klauseln wegen ihrer Eindeutigkeit als nicht auslegungsfähig angesehen. Die Inhaltskontrolle führe zur Nichtigkeit; eine ergänzende Vertragsauslegung – wie sie zur Begründung der Ansicht des BGH allenfalls in Frage komme – scheitere an den Interessen der Besteller, die angemessen zu berücksichtigen seien.<sup>110</sup> In Abhebung davon betont der BGH in seiner Revisionsentscheidung, für eine einengende Auslegung unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs sei durchaus Platz, was im übrigen auch das Berufungsgericht selbst dadurch bestätigt habe, daß es die Tragweite des Haftungsausschlusses für Planungsmängel durch Auslegung beschränkt habe.<sup>111</sup> Als Konsequenz einer so vorgenommenen Auslegung ergebe sich, daß die (reduzierte) Klausel der Inhaltskontrolle standhalte.<sup>112</sup> Methodisch den gleichen Weg gehen auch die Urteile über die Eingrenzung des Nachbesserungsrechts durch AGB,<sup>113</sup> den Ausschluß der Haftungsbeschränkung für eine zugesicherte Eigenschaft<sup>114</sup> und eine Haftungsausschlußklausel durch ein entsprechendes Schild auf einem Hotelparkplatz.<sup>115, 116</sup> Zum

<sup>108</sup> Vgl. *Johannson* BB 1981, 733.

<sup>109</sup> BGHZ 62, 251, 254 f.; 67, 101, 103; 70, 193, 196 f.; 74, 258, 270 f.; BGH WM 1975, 409, 410; 1979, 1043, 1044; BauR 1975, 133, 135; NJW 1980, 282, 283; 1980, 2800, 2801; 1981, 2343; 1981, 2344, 2345; 1982, 169, 170. Daß die Inanspruchnahme des Dritten wegen § 11 Nr. 10a AGBG nunmehr nicht mehr möglich ist, entspricht entgegen *Weitnauer* NJW 1980, 401 nicht der h. M. Nach dieser soll nämlich die Garantiehaftung des Dritten bestehenbleiben, da dies dem Kunden einen Vorteil gebracht hat, der Verwender seinerseits kann sich gegen seine sofortige Inanspruchnahme jedoch nicht wehren (*Staudinger/Schlosser* § 11 Nr. 10, 26; *Koch/Stübing* § 11 Nr. 10, 22; a. A. wohl *Stein* § 11, 87). Das kann freilich nicht mehr als Totalnichtigkeit der Klausel interpretiert werden, da zumindest der den Kunden begünstigende Teil aufrechterhalten bleibt.

<sup>110</sup> KG NJW 1977, 884, 885 f. unter Berufung auf die von BGHZ 62, 83, 89 und BGH NJW 1974, 1322 aufgestellten Grundsätze.

<sup>111</sup> BGHZ 70, 193, 196.

<sup>112</sup> BGHZ 62, 251, 254 f.; 70, 193, 197; BGH WM 1975, 409, 410; NJW 1981, 2344; 1981, 2344, 2345.

<sup>113</sup> BGH NJW 1976, 234, 235.

<sup>114</sup> BGH NJW 1978, 261, 262; bestätigt in NJW 1981, 928, 929 – obiter – für einen Vertrag, der nach Erlaß des AGBG geschlossen war; in BGH NJW 1980, 2127, 2128 (wohl) durch Inhaltskontrolle gelöst.

<sup>115</sup> BGHZ 63, 333, 334 f. Der BGH hat sich dort allerdings nicht zum Verhältnis zwischen restriktiver Auslegung und Inhaltskontrolle geäußert.

<sup>116</sup> Weitere Fälle: Vgl. vor allem die Fälle der einschränkenden Auslegung in den Zessionsfällen, bei denen in aller Regel AGB zugrunde lagen; vgl. dazu § 6 I 3.

Teil wird gerade in Anlehnung an diese BGH-Entscheidungen das Prinzip der geltungserhaltenden Auslegung bejaht.<sup>117</sup>

(3) Dagegen hat das Gericht entschieden, daß in Fällen, in denen die Haftung des Bauträgers nach dem Wortlaut der entsprechenden Klausel auch dann ausgeschlossen sein sollte, wenn eine Schadloshaltung des Bestellers bei den übrigen Baubeteiligten nicht möglich sei, eben dieser klare Wortlaut eine einschränkende Auslegung nicht zulasse, die jedenfalls einzuhaltende Vertretbarkeitsgrenze bei Zugrundelegung der weiten Bedeutung entscheidend überschritten werde und der Klausel die

BGH NJW 1957, 176f.: Aufrechterhaltung einer Freizeichnungsklausel, soweit dies nach § 276 Abs. 2 BGB möglich war (Auslegung nach Treu und Glauben).

BGH WM 1973, 1337: Trotz des Wortlauts einer Abrede, es müsse innerhalb von 8 Tagen gerügt werden, nahm der BGH aufgrund einer restriktiven Auslegung an, dies gelte nicht für verborgene Mängel; damit verwarf er den Einwand der Revision, bei Geltung der Klausel auch für verborgene Mängel sei diese unwirksam; a. A. MünchKomm/Kötz AGBG § 5, 7 Fn. 13, anders auch BGH LM Nr. 14 zu § 157 (A) BGB.

BGH NJW 1975, 442, 443; 1978, 2244, 2245: Ein in AGB enthaltenes Aufrechnungsverbot gilt nicht für den Fall des Konkurses oder der Eröffnung eines Vergleichsverfahrens. Das Gericht hat zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, die Klausel sei sonst unwirksam; dies kann jedoch aus dem Hinweis des BGH gefolgert werden, daß im Gegensatz zur Lage vor dem Konkurs der Kunde empfindlich getroffen würde, wenn das Aufrechnungsverbot auch im Konkurs gelten würde.

BGH WM 1976, 349, 350: Zurückweisung an das Berufungsgericht, weil es nicht mittels enger Auslegung einen gesetzeskonformen Inhalt (insbesondere für eine Abnahme- und Haftungsausschlussklausel) gesucht hatte.

BGH NJW 1979, 1164, 1165: Normierung einer Beweislastumkehr in Ziff. 10 AGB der Sparkassen wäre eine nach Treu und Glauben zu mißbilligende Regelung; auch aus diesem Grund ist die Klausel nicht als Beweislastumkehr auszulegen, ihre Verletzung führt nur zur pVV.

BGH NJW 1981, 117, 119 (bestätigt in NJW 1982, 178, 180; ablehnend von *Westphalen* ZIP 1980, 988): Ein Wiederverkaufsverbot gilt aufgrund enger Auslegung nur für den Fall, daß der Käufer den Wagen nach Empfang, aber vor Ingebrauchnahme veräußert, oder daß seine Verkaufsabsicht bereits vor Übergabe feststeht. Der Verkäufer hat auch dann nur das Recht, die Zulassung auf den Namen des Käufers zu verlangen und bis dahin die Übergabe zu verweigern. Dagegen hat der Verkäufer, obwohl es in den AGB ausdrücklich vorgesehen war, kein Recht auf Rücktritt. Mit dieser Auslegung verstößt die Klausel nicht gegen § 9 AGBG (vgl. dazu § 8 Fn. 41).

BGH NJW 1981, 1363: Ziff. 17 und 19 AGB der Banken sind unter Berücksichtigung von Treu und Glauben auszulegen. Daraus folgt, daß die Verweigerung zusätzlicher Sicherheiten nur dann als Kündigungsgrund anzusehen ist, wenn die Bank einen Anspruch auf geforderte Sicherheiten hat. Eine andere Auslegung würde zu einem Verstoß gegen Treu und Glauben führen (vgl. auch § 7 Fn. 7);

BGH NJW 1982, 105, 106: Ermächtigt der Leasinggeber den Leasingnehmer zur Geltendmachung der Ansprüche aus dem Kaufvertrag, so erklärt er damit, daß er die rechtlichen Folgen, die sich aus der Geltendmachung der Gewährleistungseinrede durch den Leasingnehmer ergeben, als für sich verbindlich hinnimmt; würde man diese „interessengerechte Auslegung“ ablehnen, so wäre die Freizeichnung des Leasinggebers unwirksam. Ebenso wäre diese unwirksam, wenn bei Wandelung des Kaufvertrags nicht die Geschäftsgrundlage ex tunc wegfielen (aaO. 107).

BGH NJW 1982, 1513, 1514: Enge Auslegung von Nr. 7 der Bedingungen für eurocheque-Karten; sonst läge jedenfalls ein Verstoß gegen § 9 AGBG vor. (Fortsetzung Seite 49)

rechtliche Wirkung zu versagen sei.<sup>118</sup> Insbesondere im Verfahren nach §§ 13 ff. AGBG dürfe nicht die Inhaltskontrolle durch eine enge Auslegung unterlaufen werden; zu kontrollieren sei die Klausel vielmehr so, wie sie der angesprochene Personenkreis ihrem Wortlaut nach verstehen dürfe.<sup>119</sup> Die jeweils sich anschließende Inhaltskontrolle führte zur Totalnichtigkeit der betroffenen Bestimmung.<sup>120</sup>

Der zuletzt geschilderte Standpunkt wird von Teilen der Literatur generell eingenommen: Eine einschränkende Auslegung dürfe nicht das Instrumentarium der §§ 9 ff. AGBG leerlaufen lassen;<sup>121</sup> insbesondere beim Unterlassungsverfahren würde eine verdeckte Inhaltskontrolle die gesetzlichen Vorschriften ihrer Effizienz teilweise berauben;<sup>122</sup> eine unterschiedliche Behandlung des Einzelprozesses und der abstrakten Überprüfung sei aber nicht möglich.<sup>123</sup>

Die Fragwürdigkeit einer solchen Ansicht zeigt sich schon daran, daß sie konsequenterweise zu einer differenzierten Anwendung des Grundsatzes der einschränkenden Auslegung kommen muß. Führt die weite Auslegung zu einem Verstoß der Klausel gegen das AGBG, so ist sie vorzuziehen. Die restriktive Interpretation kommt nur dann in Betracht, wenn auch bei weiter Auslegung keine Kollision mit höherrangigem Recht feststellbar ist.<sup>124</sup>

Eine solche Differenzierung mag zwar theoretisch möglich sein, gibt aber die Unterscheidung zwischen Auslegung und Inhaltskontrolle ebenso auf wie die Ansicht, die durch enge Auslegung zur Gültigkeit der Klausel gelangt. Die Schärfe des Kontrollmaßstabes kann nämlich generell für die Abgrenzung zwischen beiden Vorgehensweisen keine Rolle spielen. Welchen Inhalt eine Klausel hat, kann nach

---

OLG Frankfurt/Kassel NJW 1978, 1927, 1928: Es ist nicht anzunehmen, daß ein Partner unwirksame Klauseln in seine AGB aufnehmen wollte; daher sei eine einschränkende Auslegung vorzunehmen.

BGH NJW 1978, 2149, 2150 (Ziff. 4 Abs. 3 AGB der Banken); BGH NJW 1979, 2148, 2149; weitere Fälle bei MünchKomm/Hanau § 276, 182.

Vgl. auch *Canaris* Bankrecht Rdn. 1247, 1267: (Dogmatisch zulässige) restriktive Auslegung von Ziff. 17 Satz 2 AGB der Banken, da ohne diese ein Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG vorläge.

<sup>117</sup> Schmidt-Salzer E 53; *Lambsdorff* ZIP 1981, 245.

<sup>118</sup> BGHZ 67, 101, 104; in BGHZ 65, 359, 363; 74, 204, 211 fehlt zwar der Hinweis auf den klaren Wortlaut, im Ergebnis wird dennoch Totalnichtigkeit angenommen.

<sup>119</sup> BGH NJW 1980, 831, 832.

<sup>120</sup> BGH Fn. 118 und 119; vgl. zu der letztgenannten Entscheidung aber § 8 Fn. 63.

<sup>121</sup> *Löwe* § 5, 6; *Dietlein/Rebmann* § 5, 2; *Ulmer* § 5, 2, 13; *ders.* NJW 1981, 2025 f.; *Stein* § 5, 12; *Dittmann/Stahl* Rdn. 243; *Müller-Graff* JZ 1977, 251 f.; MünchKomm/Kötz AGBG § 5, 7, da die Inhaltskontrolle in höherem Maße zu kritik- und konsensfähigen Ergebnissen beitrage als die restriktive Auslegung; *Sambuc* NJW 1981, 316; *Erman/H. Hefermehl* AGBG § 5, 1. BGH NJW 1979, 2353, 2354 differenziert zwischen § 5 und §§ 9 ff. AGBG, da die Funktion jener Norm es nur sei, bei objektiv mehrdeutigen Klauseln eine Auslegungshilfe zu geben.

<sup>122</sup> *Löwe* § 5, 6; *Koch/Stübing* § 5, 8; *Stein* § 5, 12; *Ulmer* NJW 1981, 2026.

<sup>123</sup> *Löwe* § 5, 6; wohl auch *Koch/Stübing* § 5, 8.

<sup>124</sup> Ähnlich aber wohl das methodische Vorgehen in BGHZ 49, 167, 172 ff. und BGH NJW 1964, 2058, 2059; *Stein* § 13, 4.

traditioneller Anschauung, die die Auslegung vor der Kontrolle postuliert,<sup>125</sup> nicht davon abhängen, ob dieser Inhalt gegen das Gesetz verstößt. Das Dogma von der Trennung der beiden Stufen bei der Ermittlung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts wird verlassen, wenn eine enge Auslegung nur in Betracht kommt, sofern die Inhaltskontrolle nicht zur (partiellen) Nichtigkeit der weit ausgelegten Klausel geführt hat. Anders ausgedrückt: Man erkennt das Prinzip der geltungserhaltenden Auslegung jedenfalls vom Grundsatz her an, wenn man ihr Gegenteil, die geltungsvermeidende Auslegung, propagiert.

Abgesehen davon vermag die von der Literatur vorgeschlagene Abgrenzung ohnehin nicht zu überzeugen. Zwar ist nach Kodifizierung der §§ 9 ff. AGBG eine verdeckte Inhaltskontrolle nicht mehr nötig,<sup>126</sup> Andererseits wäre sie nur dann abzulehnen, wenn sich daran Rechtsfolgen knüpfen, die von denen der Inhaltskontrolle verschieden sind – also dort Totalnichtigkeit einträte,<sup>127</sup> während dies bei der restriktiven Auslegung nicht der Fall wäre. Es wird zu zeigen sein, daß insoweit grundsätzlich kein Unterschied besteht.<sup>128</sup> Vor allem aber stellt sich für die Gegenmeinung die Frage der Abgrenzung. Bejaht man nämlich den Vorrang der Inhaltskontrolle, so entsteht das Problem, wie weit Auslegung gehen darf. Auch mit der Frage nach dem objektiven Sinn kommt man jedenfalls dann in Schwierigkeiten, wenn beide Parteien trotz des Wortlauts einen eingeschränkten Geltungsgehalt intendierten, was auch nach h. M. bei der Verwendung von AGB der Fall sein kann.<sup>129</sup> Außerdem läßt sich die Abgrenzung zwischen der engen Auslegung und den §§ 9 ff. AGBG auch deswegen kaum exakt ziehen,<sup>130</sup> weil bei der Auslegung auf dieselben Kriterien zurückgegriffen wird wie bei der Inhaltskontrolle, nämlich auf die Interessenlage und die unzumutbare Belastung des Kunden.<sup>131</sup>

<sup>125</sup> Vgl. vorläufig *Staudinger/Schlosser* § 5, 5 und genauer unten § 13 II.

<sup>126</sup> Vgl. MünchKomm/Kötz AGBG § 5, 7; *Ulmer* § 5, 19; für das parallele Problem bei der Unklarheitenregel auch *Larenz* AT § 29 a II. Parallele Argumentation mit Teilnichtigkeit und restriktiver Auslegung aber z. B. bei *Canaris* Bankrecht Rdn. 941, 965.

<sup>127</sup> Vgl. unten § 8 I 1.

<sup>128</sup> Vgl. unten § 8 I 1 e; auch die enge Auslegung erfordert eine entsprechende Vorregelung im Gesetz oder Rechtsgeschäft; vgl. unten § 20 I, II.

<sup>129</sup> Vgl. BGH NJW 1974, 942, 943 und unten § 14 I; LM Nr. 6 zu 276 (D) BGB. Auch die Vertreter der objektiven Auslegung bei AGB (vgl. z. B. *Ulmer* § 5, 6 mwN.) lassen Differenzierungen nach dem jeweiligen Kundenkreis zu (vgl. *Ulmer* § 5, 10 mwN.). Kritisch zur objektiven Auslegung z. B. *Canaris* Bankrecht Rdn. 931. Vgl. auch die Nachw. in Fn. 188, wo der BGH ebenfalls den Wortlaut außer acht läßt.

<sup>130</sup> Bei *Ulmer* § 5 und NJW 1981, 2026 und *Löwe* § 5 fehlen Kriterien und Beispiele für eine richtige Anwendung der restriktiven Auslegung; die Beispiele bei *Staudinger/Schlosser* § 5, 10 ließen sich jedenfalls zum Teil auch mittels Inhaltskontrolle lösen, z. B. der Fall BGHZ 54, 299, 305, wie er diese auch durch Auslegung umgehen will, wenn der Verwender den Verstoß nicht kannte, vgl. § 6, 17 a; dasselbe gilt für die Beispiele BGH NJW 1980, 2800 und 1975, 1315 bei *Erman/H. Hefermehl* AGBG § 5, 6; vgl. auch *Stein* § 5, 11, der BGH NJW 1975, 1315 als zutreffendes Beispiel anführt. BGH NJW 1979, 2353, 2354 betont die Trennung der beiden Normen, gibt aber keine Kriterien für die enge Auslegung.

<sup>131</sup> Vgl. BGH NJW 1975, 442, 443; 1978, 2244, 2245.

Ein Sonderproblem entsteht dann freilich im Verfahren nach §§ 13 ff. AGBG. Im Gegensatz zur verfassungskonformen Auslegung genügt es hier vom Schutzzweck des AGBG her nicht, eine bestimmte Auslegung zu verwerfen oder als die einzig gesetzmäßige zu erklären, da der Verwender damit nicht zur Änderung der Klausel gezwungen würde. Andererseits sind genau wie bei der parallelen Problematik des § 3 AGBG<sup>132</sup> auch Klauseln überprüfbar, die infolge enger Auslegung „an sich“ eine eingeschränkte Bedeutung haben.<sup>133</sup> Es genügt, daß die Klausel gegen §§ 9 ff. AGBG verstößt, wie sie der angesprochene Personenkreis verstehen darf.<sup>134</sup> Auf die objektive Auslegung kann hier abgestellt werden, da es mangels Vertragsschlusses keine weiteren Kriterien zur Interpretation gibt. Nicht dagegen ist Voraussetzung, daß der Verstoß auch bei enger Auslegung vorläge;<sup>135</sup> auf das Merkmal des Beruhens ist wegen des Zwecks des Verfahrens nach §§ 13 ff. AGBG zu verzichten.<sup>136</sup> Hinreichend ist also, daß die Klausel bei objektiver Interpretation gegen §§ 9 ff. AGBG verstößt.

c) Entsprechendes gilt für die mit dem Grundsatz der restriktiven Auslegung eng verwandte und in § 5 AGBG ausdrücklich kodifizierte Unklarheitenregel. Ohnehin werden die beiden Grundsätze in der Rechtsprechung oft nebeneinander zur Begründung angeführt;<sup>137</sup> ob eine theoretische Unterscheidung möglich ist, ist umstritten,<sup>138</sup> kann aber im hier interessierenden Zusammenhang auf sich beruhen. Jedenfalls ermöglicht auch die Unklarheitenregel eine Auslegung, deren Ergebnis der darauf folgenden Inhaltskontrolle standhält.

Als Beispiel kann das oben bereits erwähnte Urteil des BGH dienen, in dem das Gericht einen Haftungsausschluß durch AGB nicht auf den Schaden bezog, der sich aus einer schuldhaften Verletzung der Nachbesserungspflicht ergab. Dies sei dem Wortlaut der betreffenden Klausel zumindest nicht mit der nötigen Klarheit zu

<sup>132</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 97.

<sup>133</sup> MünchKomm/Gerlach AGBG § 13, 15; Knütel JR 1981, 224 f. – Unrichtig ist es allerdings, § 5 AGBG als Prüfungsmaßstab im Verfahren nach §§ 13 ff. AGBG anzusehen; so aber LG München I BB 1979, 702, dagegen zu Recht MünchKomm/Kötz Nachtrag AGBG § 5, 7; vgl. dazu auch unten § 20 II 2 a.

<sup>134</sup> BGH NJW 1980, 831, 832; 1981, 867, 868; OLG Stuttgart BB 1979, 1468; MünchKomm/Gerlach § 13, 16; wohl auch Löwe § 13, 32; im Grundsatz auch OLG Karlsruhe NJW 1981, 405, 406; für eine Interpretation mit dem kundenfeindlichsten Inhalt treten ein Staudinger/Schlosser § 5, 7; Palandt/Heinrichs AGBG § 13, 2 b; Erman/H. Hefermehl AGBG § 5, 12; Koch/Stübing § 13, 7; Reinel S. 43; OLG Stuttgart NJW 1981, 1105, 1106.

<sup>135</sup> Hensen § 13, 2 will nur die eng ausgelegte Klausel kontrollieren.

<sup>136</sup> MünchKomm/Gerlach AGBG § 13, 15.

<sup>137</sup> Vgl. z. B. BGHZ 24, 39, 44 f.; 54, 299, 305; 62, 83, 88 f.; 67, 359, 367; BGH NJW 1964, 2058, 2059; 1970, 383, 386; WM 1970, 903, 904; 1973, 1337; VersR 1972, 274; tendenziell auch BGH NJW 1960, 1661, 1662; in BGH NJW 1968, 885 wird nebeneinander mit der Unklarheitenregel und dem Argument der Überraschung gearbeitet.

<sup>138</sup> Schmidt-Salzer E 51 sieht das Restriktionsprinzip als Fall der Unklarheitenregel an; ähnlich Staudinger/Schlosser § 5, 17; Schlosser § 5, 13; anders wohl Palandt/Heinrichs AGBG § 4 f., 5 (gegenseitige Ergänzung zum Prinzip der kundengünstigsten Auslegung). Löwe § 5, 10; Ulmer § 5, 12; Koch/Stübing § 5, 6 begreifen § 5 AGBG nicht als Auslegungsregel, sondern als gesetzliche Rechtsfolge; das bedeutet im Ergebnis keinen Unterschied.

entnehmen. Eines Eingehens auf die Frage, ob ein derartiger Haftungsausschluß unangemessen und damit gemäß § 242 BGB unwirksam sei, bedürfe es daher nicht.<sup>139, 140</sup>

Wie beim Parallelproblem der restriktiven Auslegung könnte auch bei der Unklarheitenregel jedenfalls nach Erlass des AGBG die weite Auslegung und die sich daran anschließende Inhaltskontrolle den Vorrang genießen, wenn dadurch bei dieser zumindest eine teilweise Kollision mit höherrangigem Recht festgestellt werden könnte. Die soeben bei der Besprechung des Restriktionsprinzips gegen eine solche Vorgehensweise genannten Argumente erscheinen hier besonders evident. So darf nicht eine Auslegung gewählt werden, deren Deckung durch den Wortlaut schon äußerst zweifelhaft ist, um daran anschließend die Inhaltskontrolle vorzunehmen und die Klausel gänzlich zu verwerfen.<sup>141</sup>

In beiden Fällen einschränkender Auslegung stellt sich der Konstruktion nach die Frage einer Anwendung des § 6 Abs. 3 AGBG nicht. Fehlen schon die Voraussetzungen des § 6 Abs. 1 AGBG<sup>142</sup> – mangelnde Einbeziehung oder Unwirksamkeit von einzelnen oder allen Abreden –, so scheint Totalnichtigkeit des Vertrages aufgrund der Unzumutbarkeit eines Festhaltens am restlichen Vertrag von vornherein auszuschneiden. Und doch bewirkt § 5 AGBG im Ergebnis gerade eine solche Teilnichtigkeit. Dann aber ist es konsequent, § 6 Abs. 3 AGBG anzuwenden, wenn sich aus dem Vertrag eine unzumutbare Härte für den Verwender<sup>143</sup> ersehen läßt. Dahingestellt sein kann, ob die Norm direkt oder analog<sup>144</sup> gilt.

d) Vor Erlass des AGBG erzielte insbesondere der BGH einen gesetzeskonformen Inhalt von AGB dadurch, daß er den Unterwerfungswillen des Kunden auf solche Klauseln beschränkte, mit deren Aufstellung dieser billiger- und gerechterweise rechnen konnte.<sup>145</sup> Das führte regelmäßig zur Teilnichtigkeit der entsprechenden Klauseln<sup>146</sup> und zur Aufrechterhaltung des Vertrags im übrigen.

<sup>139</sup> BGH NJW 1976, 234, 235; das Urteil ist vor Erlass des AGBG ergangen und stellt daher für die Inhaltskontrolle noch auf § 242 BGB ab.

<sup>140</sup> BGH WM 1973, 1337 zitiert die Unklarheitenregel neben dem Prinzip der engen Auslegung; s. Fn. 116.

<sup>141</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 1980, 2189: Die Minderung war nicht ausgeschlossen, da es dafür eines ausdrücklichen Hinweises bedurft hätte; daher konnte die Frage der Inhaltskontrolle offenbleiben. Hier umgekehrt zu verfahren, wäre nicht sinnvoll gewesen. Vgl. auch BGH NJW 1978, 2149, 2150: Kein hinreichender Anhaltspunkt, daß Ziff. 4 Abs. 3 AGB der Banken über das Zulässige hinausgehen wollte. Vgl. auch BGH WM 1982, 907, 908f.: Wirksamkeit einer AGB-Klausel, die nach ihrem Wortlaut und Sinn die Möglichkeit offenläßt, im konkreten Fall einen geringeren Schaden nachzuweisen.

<sup>142</sup> Vgl. *Palandt/Heinrichs* § 139, 2 a; AGBG § 6, 2 a, b; *Koch/Stübing* § 6, 7.

<sup>143</sup> In der Regel liegt für den Kunden keine unzumutbare Härte vor, wenn der Vertrag in modifizierter Form aufrechterhalten wird, vgl. dazu ausführlich unten § 18 II 5 b (2).

<sup>144</sup> So *Löwe* § 5, 10.

<sup>145</sup> Vgl. z. B. BGHZ 17, 1, 3; 33, 216, 219; 38, 183, 185; ähnlich BGH WM 1964, 1319, 1320: Es widerspräche Treu und Glauben, eine solche Klausel durch AGB einzuführen; in dieser Entscheidung wird zusätzlich mit dem Vorliegen eines Überraschungseffekts und von Unbilligkeit argumentiert.

<sup>146</sup> Vgl. BGHZ 17, 1, 5: § 50a ADSP beziehe sich bei inkonnexen Forderungen nur auf

Diesem Vorgehen ist durch § 2 Abs. 1 AGBG der Boden entzogen, da die Einbeziehung nunmehr nach dem Wortlaut dieser Norm nicht davon abhängt, ob die AGB ihrem Inhalt nach unangemessen sind.<sup>147</sup> Mit einem Erst-Recht-Schluß gilt das auch für Verträge mit Kaufleuten, obwohl nach § 24 Satz 1 AGBG § 2 AGBG keine Anwendung findet. Denn sonst würde der Schutz für Kaufleute in dieser Hinsicht weiter reichen als für Nichtkaufleute. Auf diesem Wege ist also eine geltungserhaltende Auslegung – jedenfalls wenn AGB vereinbart werden – nicht mehr möglich, so daß nunmehr die Frage der Teilnichtigkeit insoweit im Rahmen der Inhaltskontrolle zu untersuchen ist.

e) Gesetzeskonforme Auslegung ist schließlich das Resultat salvatorischer Klauseln,<sup>148</sup> aufgrund derer der BGH auch in AGB das Maximum dessen aufrechterhält, was dem Gesetz standhält. Freilich läßt der BGH einen Hinweis vermissen, wie der Wirkungsbereich salvatorischer Klauseln von dem Problem der Teilnichtigkeit abzugrenzen ist.<sup>149</sup> Die Literatur verwirft solche salvatorischen Klauseln in AGB, wenn sie im Ergebnis zur Teilnichtigkeit formularmäßig vereinbarter Klauseln führen und so die bei der Inhaltskontrolle postulierte Totalnichtigkeit teilweise rechtswidriger Abreden<sup>150</sup> unterlaufen könnten. Die Klauseln verstießen gegen das Verständlichkeitsgebot<sup>151</sup> oder seien überraschend.<sup>152</sup> Freilich fehlt eine Auseinandersetzung mit der anderslautenden Rechtsprechung.<sup>153, 154, 155</sup>

## II. Gesetzeskonforme Auslegung als Ergebnis ergänzender Auslegung

Neben der erläuternden Auslegung bedient sich die Rechtsprechung in einer Reihe von Fällen auch der ergänzenden Auslegung, um das Rechtsgeschäft im gesetzlich zulässigen Rahmen aufrechtzuerhalten.

---

Güter, die im Eigentum des Auftraggebers stünden. BGHZ 38, 183, 186: Die Haftungsbeschränkung beziehe sich nicht auf grobe Fahrlässigkeit des Lagerhalters oder seiner leitenden Angestellten.

<sup>147</sup> MünchKomm/Kötz AGBG § 2, 5; vgl. aber Fn. 89.

<sup>148</sup> BGHZ 72, 308, 315 f.; 79, 16, 22; BGH BB 1980, 336, 337;

<sup>149</sup> Vgl. schon oben § 6 I 3 a (1).

<sup>150</sup> Zumindest nach der von der Kommentarliteratur vertretenen Auffassung, daß solche Klauseln der Totalnichtigkeit verfielen; vgl. genauer unten § 8 I 1 a.

<sup>151</sup> Palandt/Henrichs AGBG vor § 8, 3b; vgl. genauer unten § 20 II 2.

<sup>152</sup> Vgl. z. B. Staudinger/Schlosser § 6, 11; Ulmer § 6, 26 sieht darin einen Fall der Gesetzesumgehung; vgl. auch hierzu unten § 20 II 2.

<sup>153</sup> Es ist nicht ganz klar, ob die salvatorische Klausel im Fall BGHZ 72, 308, 315 f. in AGB vereinbart war. Das liegt allerdings nahe, da diese Verträge in der Regel von den Banken vorformuliert werden. Die Vorinstanz OLG Düsseldorf argumentiert – wenn auch im konkreten Fall ablehnend – mit § 9 AGBG, was ebenfalls auf die Verwendung eines Klauselwerks schließen läßt (WM 1977, 405).

<sup>154</sup> Vgl. unten § 8 I 1 e.

<sup>155</sup> Zu der Bedeutung von salvatorischen Klauseln im Rahmen des § 139 BGB s. unten § 10 III 3.

1. Das gilt insbesondere für genehmigungsbedürftige Geschäfte, wobei hier als Beispiel die Grundsätze herausgegriffen werden, mittels derer anstatt nicht genehmigungsfähiger Wertsicherungsklauseln (§ 3 WährG) in ergänzender Auslegung genehmigungsfreie Leistungsvorbehaltsklauseln<sup>156</sup> als vertraglich vereinbart angesehen werden.

a) Während der BGH ursprünglich davon ausging, bei Unwirksamkeit einer Wertsicherungsklausel könne die gesamte vertragliche Regelung nichtig sein,<sup>157</sup> gewann bald darauf der Gedanke an Gewicht, derjenige dürfe sich nicht auf die Unwirksamkeit der Klausel berufen, zu dessen Gunsten die Deutsche Bundesbank eine Änderung der Abrede vor ihrer Genehmigung gefordert hatte. Vielmehr sei er verpflichtet, an der Beseitigung der schwebenden Unwirksamkeit mitzuwirken.<sup>158</sup> Spätere Entscheidungen betonten nicht mehr diese Mitwirkungspflicht, sondern ermitteln direkt durch ergänzende Vertragsauslegung, welche Regelung die Parteien getroffen hätten; dabei komme es auch auf den objektiven Vertragszweck, nicht nur auf subjektive Gesichtspunkte an.<sup>159</sup> An das tatsächlich verfolgte Ziel der Beteiligten könne auch dann angeknüpft werden, wenn die Regelung, in der es zum Ausdruck komme, nichtig sei.<sup>160</sup> In den jüngsten Entscheidungen berücksichtigt der BGH nur noch den objektiven Vertragszweck und untersucht, ob eine Klausel gefunden werden kann, die die beiderseitigen Interessen wahrt und dennoch wirksam ist. In einem solchen Fall sei dann für die (von der Vorinstanz bejahte) Anwendung des § 139 BGB kein Raum;<sup>161</sup> die Abrede sei von vornherein<sup>162</sup> mit gesetzeskonformem Inhalt gültig.

Dazu parallel hat sich die Rechtsprechung auch geändert, was die Frage betrifft, wie die Vertragsmodifizierung durchzusetzen sei. Nahm der BGH ursprünglich an, der an der entsprechenden Klausel Interessierte habe einen Anspruch auf Abgabe einer Zustimmungserklärung des anderen Teils,<sup>163</sup> so sieht er von diesem Erfordernis nunmehr folgerichtig ab und ermittelt den Vertragsinhalt durch ergänzende Auslegung; die entsprechende Klausel gilt als von Anfang an vereinbart.<sup>164, 165</sup>

<sup>156</sup> Vgl. dazu die Übersicht bei *Palandt/Heinrichs* § 245, 5 b; *MünchKomm/Maydell* § 244, 21 ff.

<sup>157</sup> BGH LM Nr. 2 zu § 3 WährG.

<sup>158</sup> BGH LM Nr. 10 zu § 3 WährG; zu einem anderen Fall der Unzulässigkeit der Berufung auf die Nichtigkeit vgl. z. B. BGH NJW 1967, 245.

<sup>159</sup> BGH LM Nr. 1 zu § 1136 BGB unter I 2 d.

<sup>160</sup> BGH LM Nr. 12 zu § 157 (D) BGB; s. auch BGH WM 1974, 74, 76.

<sup>161</sup> BGHZ 63, 132, 137; BGH NJW 1979, 1545, 1546; 1979, 2250, 2251; LM Nr. 51 zu § 139 BGB; die letzten beiden Entscheidungen unter zusätzlicher Argumentation mit einer salvatorischen Klausel; zustimmend *Bulla* NJW 1975, 1108; OLG Karlsruhe BB 1981, 2097, das freilich umgekehrt argumentiert und aus der Aufrechterhaltung des Vertrages entgegen der Regel des § 139 BGB auf die Zulässigkeit der ergänzenden Auslegung schließt.

<sup>162</sup> Vgl. dazu auch BGHZ 81, 135, 144.

<sup>163</sup> BGH LM Nr. 14, 20, 21 zu § 3 WährG; *MünchKomm/Roth* § 242, 557; *MünchKomm/Maydell* § 244, 32; *Larenz* I § 10 II f.; *Esser/Schmidt* I 1 § 12 II 2. 2.

<sup>164</sup> BGHZ 63, 132, 137; BGH NJW 1979, 1545, 1546; 1979, 2250, 2251; LM Nr. 51 zu § 139 BGB; OLG Karlsruhe BB 1981, 2097; vgl. auch schon BGH LM Nr. 10 zu § 3 WährG; NJW



b) Allerdings hat der BGH in diesem Zusammenhang eine Unterscheidung eingeführt, die die Möglichkeit einer gesetzeskonformen ergänzenden Auslegung im Endeffekt für einen Teil der Fälle doch wieder in Frage stellen würde. Bis zur (bestands- bzw. rechtskräftigen) Ablehnung der Genehmigung durch die Deutsche Bundesbank sollen die referierten Grundsätze gelten. Nachher allerdings werde die bis dahin schwebend unwirksame Klausel endgültig nichtig. Daraus folge, daß auch keine Pflicht des Vertragspartners mehr bestehe, an einer Korrektur der entsprechenden Abrede mitzuwirken; das Schicksal des restlichen Vertrages bestimme sich nach § 139 BGB.<sup>166</sup> Konsequenz dieser Ansicht wäre, daß auch die Zulässigkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung nach Ablehnung der Genehmigung verneint werden müßte, will man nicht abhängig von der Konstruktion zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen.<sup>167</sup>

Auch der BGH scheint jedoch empfunden zu haben, daß seine Lösung unbefriedigend ist. Er hat nämlich versucht, die Verträge dennoch zu retten. So nahm er trotz der Erklärung der zuständigen Zentralbank, eine Genehmigung könne nicht in Aussicht gestellt werden, an, darin liege u. a. mangels Rechtsmittelbelehrung (§§ 58 f. VwGO) kein förmlicher Ablehnungsbescheid.<sup>168</sup> Das ist schon deswegen unrichtig, weil die Existenz eines Verwaltungsakts nicht von der Beifügung einer entsprechenden Belehrung abhängt. Ihr Fehlen hat lediglich zur Folge, daß die Frist zur Einlegung eines Rechtsbehelfs länger läuft (§ 58 VwGO); auch eine Verletzung des § 59 VwGO führt nicht zu einem Nichtverwaltungsakt.<sup>169</sup> In einem anderen Fall hat das Gericht erwogen, in der Herbeiführung des endgültigen Ablehnungsbescheides durch einen Antrag auf Genehmigung sei eventuell eine positive Forderungsverletzung zu sehen, da zu diesem Zeitpunkt noch die Pflicht bestanden habe, den Vertragszweck zu fördern. Die daraus sich ergebende Schadensersatzpflicht führe über den Grundsatz der Naturalrestitution zur Verpflichtung, den Vertrag neu abzuschließen.<sup>170</sup> Damit allerdings verliert der Zeitpunkt, an dem die Genehmigung verweigert wird, auch nach der Konstruktion des BGH in vielen Fällen seine entscheidende Bedeutung. Besteht nämlich die Pflicht zur Förderung des Vertragszwecks, die durch den Antrag auf Genehmigung und die dadurch ausgelöste Ablehnung verletzt werden kann, so führt das über den Weg der Natural-

---

1967, 830, 831, wo angenommen wurde, daß der andere Teil sich wegen seiner Pflicht zur Mitwirkung so behandeln lassen müsse, als sei die Vereinbarung getroffen; vgl. auch *Palandt/Heinrichs* § 245, 5 d, der davon spricht, daß es „meist“ eines Abänderungsvertrags nicht bedürfe.

<sup>165</sup> Davon zu unterscheiden ist die Frage, daß der andere Teil aufgrund des Leistungsvorbehalts der Erhöhung zuzustimmen hat; das betrifft jedoch nicht das hier interessierende Problem; vgl. BGHZ 63, 132, 136 f.; BGH WM 1978, 578 ff.; NJW 1979, 2250, 2251.

<sup>166</sup> BGH LM Nr. 14 zu § 3 WährG (eine Aufrechterhaltung komme allenfalls nach § 140 BGB in Betracht); implizit auch BGH LM Nr. 1 zu § 1136 BGB; zustimmend *Dürkes* E 31 ff.; *Bulla* NJW 1975, 1109.

<sup>167</sup> *Bulla* NJW 1975, 1109.

<sup>168</sup> BGH LM Nr. 1 zu § 1136 BGB.

<sup>169</sup> Nach *Kopp* VwGO § 59, 4 ist der Verwaltungsakt sogar rechtmäßig.

<sup>170</sup> BGH LM Nr. 14 zu § 3 WährG unter 4 a; zustimmend *Dürkes* E 37 f.

restitution zum selben Ergebnis, wie wenn man weiterhin die Pflicht zur Vertragsanpassung annimmt bzw. von vornherein den Vertrag gesetzeskonform interpretiert.

In der Tat befremdet schon das Ergebnis. Dem Zeitpunkt der Genehmigungsversagung eine so entscheidende Wirkung beizumessen, muß geradezu Verschleppungsversuche der zur Zustimmung verpflichteten Partei provozieren. Aber auch die Begründung überzeugt nicht. Steht nämlich die Pflicht zur Mitwirkung des Vertragsgegners fest, so stellt die Abgabe der entsprechenden Willenserklärung einen reinen Formalakt dar. Es ist konsequent und vermeidet eine Überbewertung dieses Formalakts, daß die jüngere Rechtsprechung – wie dargestellt – völlig auf die Zustimmung verzichtet und das Problem mittels Auslegung löst. Der Vertrag hat damit von vornherein<sup>171</sup> einen gesetzeskonformen Inhalt,<sup>172</sup> auf die Zustimmung und ihren Zeitpunkt kommt es nicht an; es erübrigt sich auch das Problem, ob die Zustimmung zurückwirkt oder nicht.<sup>173, 174</sup> Die nichtige Abrede bildet den Anknüpfungspunkt für die ergänzende Auslegung.<sup>175</sup> Das Problem verlagert sich damit auf die Feststellung des (hypothetischen) Parteiwillens, insbesondere darauf, ob hinreichend klar ist, welchen Inhalt die modifizierte Abrede haben soll.

Folgerichtig hat der BGH bei anderen Genehmigungen dem Zeitpunkt der Genehmigungsversagung keine Bedeutung beigemessen, sondern auch nachher eine Pflicht des anderen Teils bejaht, der gesetzeskonformen Vertragsmodifizierung zuzustimmen.<sup>176</sup> Nach dem soeben Ausgeführten wäre es freilich konsequent, diese Modifizierung mittels (ergänzender) Auslegung vorzunehmen. Diese ermöglicht nämlich generell, das Rechtsgeschäft aufrechtzuerhalten, jedenfalls wenn ein gesetzeskonformer Inhalt hinreichend deutlich erschließbar ist.<sup>177</sup>

2. Daneben dient die ergänzende Auslegung in einer Reihe weiterer Fälle dazu, die Nichtigkeit des Geschäfts zu vermeiden. Der BGH hat z. B. bei einem Maklervertrag, der zeitlich nicht begrenzt war, Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten verneint, weil die Dauer der Bindung nach Treu und Glauben gemäß § 157 BGB auf einen angemessenen Zeitraum beschränkt sei.<sup>178, 179</sup>

<sup>171</sup> Vgl. Fn. 164; hier ergeben sich auch sonst keine Unterschiede, die einer ergänzenden Auslegung im Wege stehen könnten (wie sie z. B. in anderen Fällen die verschiedenen Verjährungsfristen der Ansprüche auf und aus Wandelung darstellen).

<sup>172</sup> So auch OLG Karlsruhe BB 1981, 2097.

<sup>173</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 1967, 830, 831.

<sup>174</sup> Man braucht daher nicht, wie *Bulla* NJW 1975, 1109 mwN., die Parallele zur Wandelung zu bemühen.

<sup>175</sup> BGH LM Nr. 12 zu § 157 (D) BGB; WM 1974, 74, 76; ähnlich WM 1976, 251, 252, demzufolge es unerheblich ist, aus welchem Grund eine Vereinbarung zu einem regelungsbedürftigen Punkt fehlt; wohl auch WM 1982, 236, 238, wo parallel mit § 157 BGB und § 140 BGB argumentiert wird; MünchKomm/Mayer-Maly § 157, 43 f.; ders. Festschrift für Flume I S. 625; vgl. dazu noch § 16 Fn. 3.

<sup>176</sup> BGHZ 38, 146, 149; 67, 34, 36 f.

<sup>177</sup> Vgl. dazu genauer unten § 20 I, II.

<sup>178</sup> BGH WM 1974, 257, 260 mwN.; ähnlich AIZ 1977, 57, 58; LM Nr. 2 zu § 157 (Gh) BGB.

<sup>179</sup> Vgl. auch OLG Karlsruhe MDR 1975, 314: Die Auslegung eines Wettbewerbsverbots der

3. a) Auch bei der Prüfung von AGB hat die höchstrichterliche Rechtsprechung Klauseln, die der Inhaltskontrolle nach § 242 BGB nicht standhielten, in ergänzender Auslegung einen Inhalt gegeben, der dem Gesetz entsprach. Hätten nämlich die Verfasser der AGB erkannt, daß ein Verstoß vorliege, so hätten sie die allein sachgerechte Lösung gewählt. Daher hat das Gericht beispielsweise angenommen, § 18 GOI sei ergänzend anhand der in § 17 Abs. 1 GOI getroffenen Regel auszulegen; dann liege kein Verstoß gegen § 242 BGB mehr vor.<sup>180</sup>

Vom methodischen Vorgehen ähnlich wurde eine Schadenspauschalierungsklausel auch ohne Anhaltspunkt im Text dahin gehend ausgelegt, daß dem Schädiger nicht der Nachweis abgeschnitten werden dürfe, die Pauschale ver helfe dem AGB-Verwender im konkreten Fall zu einem unangemessenen Vorteil oder es sei ein weitaus geringerer Schaden entstanden.<sup>181</sup> Damit wurde die Klausel im praktischen Ergebnis um diesen Passus ergänzt. Das Urteil ist zwar vor Inkrafttreten des AGBG ergangen; jedoch hat der BGH betont, der – später unverändert Gesetz gewordene – Entwurf entspreche materiell den von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen.<sup>182</sup> Das Gericht hält also auch weiterhin eine entsprechende Ergänzung für zulässig.<sup>183, 184</sup>

In anderen Entscheidungen dagegen wurde die Möglichkeit einer ergänzenden Auslegung von (in ihrem vorliegenden Wortlaut) gesetzwidrigen Klauseln verneint, was zur Totalnichtigkeit der entsprechenden Bestimmung führte. Es sei nicht Aufgabe des Gerichts, im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung von AGB eine Fassung zu finden, die einerseits dem Unternehmer besonders günstig, andererseits gerade noch rechtlich zulässig sei; vielmehr müßten auch die Interessen des Kunden angemessen berücksichtigt werden. Unter Beachtung dieser Gesichtspunkte könne nicht mit hinreichender Sicherheit ermittelt werden, welche Regelung die Parteien getroffen hätten.<sup>185</sup> An die Stelle der nichtigen Klauseln trete das Gesetz.<sup>186</sup> Freilich

---

Schülerin einer Mannequin-Schule anhand von § 157 BGB führt dazu, die Klausel nur auf das Einzugsgebiet der Schule zu begrenzen; mit diesem Inhalt liegt kein Verstoß gegen § 138 BGB vor.

<sup>180</sup> BGHZ 60, 353, 362.

<sup>181</sup> BGHZ 67, 312, 315; BGH JZ 1976, 211, 212.

<sup>182</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 181.

<sup>183</sup> Dazu, daß sich einschränkende und ergänzende Auslegung im hier interessierenden Zusammenhang nicht unterscheiden, vgl. unten § 16 I 2 mit Fn. 14.

<sup>184</sup> Unter diesem Aspekt setzt sich die Literatur mit dem hier referierten Urteil nicht auseinander; im übrigen sind die Meinungen geteilt, ob ein partieller Verstoß gegen § 11 Nr. 5 AGBG zur Reduktion führt oder nicht; für Totalnichtigkeit der Klausel z. B. *Staudinger/Schlosser* § 11 Nr. 5, 22; *von Westphalen* § 11 Nr. 5, 12; a. A. MünchKomm/Kötz AGBG § 11, 39; differenzierend zwischen § 11 Nr. 5a und b *Hensen* § 11 Nr. 5, 19.

<sup>185</sup> BGHZ 62, 83, 89f.; 62, 323, 327; 72, 206, 208; BGH NJW 1977, 1336, 1338, insoweit in BGHZ 68, 372 nicht abgedruckt; 1979, 2095; in BGHZ 67, 101, 103f. war eine gesetzeskonforme Einschränkung abgelehnt worden, da der klare Wortlaut entgegenstehe; vgl. oben § 6 I 4b; vgl. auch BGHZ 54, 106, 115, wo wegen der vielfältigen Möglichkeiten, einen gesetzeskonformen Inhalt zu finden, eine ergänzende Auslegung ebenfalls abgelehnt worden war. Vgl. auch die Nachw. in Fn. 118, wo im Rahmen der erläuternden Auslegung Totalnichtigkeit bejaht wird.

<sup>186</sup> BGHZ 22, 90, 100; 54, 106, 115; 62, 323, 327; BGH NJW 1972, 1227, 1228.

hat das Gericht betont, daß eine ergänzende Vertragsauslegung nicht schon deswegen ausgeschlossen sei, weil es sich im vorliegenden Fall um AGB handle.<sup>187, 188</sup>

b) Die Literatur geht in ihrer Mehrheit davon aus, daß eine ergänzende Vertragsauslegung vorformulierter Klauseln schon an § 6 Abs. 2 AGBG scheitere, der das dispositive Recht als Ersatzordnung vorschreibe.<sup>189</sup> Das ist allerdings nur dann zwingend, wenn man annimmt, daß aus einem teilweisen Verstoß einer Klausel gegen ein Gesetz Totalnichtigkeit folgt. Geht man diesen Schritt nicht, so ist das Verbot der ergänzenden Auslegung nicht notwendig. Es bleibt vom Ergebnis her jedenfalls gleichgültig, ob die gesetzeskonforme Reduktion durch Teilnichterklärung oder ergänzende Auslegung gewonnen wird.<sup>190</sup> § 6 Abs. 2 AGBG steht dem nicht entgegen; sein Wortlaut („soweit“) spricht ohnehin eher dafür, daß das dispositive Recht nur eingreift, soweit der Verstoß reicht, wenngleich man dieser Formulierung nicht allzuviel Gewicht beilegen sollte.<sup>191</sup> Die Entscheidung hängt auch hier davon ab, wie die Frage der Teilnichtigkeit von AGB-Klauseln zu entscheiden ist; dieses Problem wird unten behandelt.<sup>192</sup>

<sup>187</sup> BGHZ 54, 106, 115; 60, 353, 362; 62, 83, 89; 62, 323, 326 f.; 72, 206, 208; 79, 16, 25; BGH NJW 1977, 1336, 1338; 1979, 2095; 1982, 870, 872; 1982, 1747, 1748; LM Nr. 6 zu § 276 (D) BGB; 11 zu AGB; offengelassen in WM 1982, 871, 873; *Palandt/Heinrichs* AGBG §§ 4 f., 4b.

<sup>188</sup> Weitere Fälle: BGH WM 1958, 722; 1965, 230; 1976, 248, 250; 1977, 917, 919; NJW 1981, 756: Sicherheiten beziehen sich nur auf Forderungen der Bank aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung, auch wenn der Wortlaut der fraglichen Klausel diese Beschränkung nicht enthält (vgl. Ziff. 19 Abs. 2 AGB der Banken). Begründet wird dies mit einem Hinweis auf § 157 BGB; vgl. auch Fn. 116.

BGHZ 64, 288, 291: Ausschuß des Kündigungsrechts bei einem Wärmeversorgungsvertrag verstößt nicht gegen § 138 BGB, da der Anspruch – wie das Berufungsurteil feststellt – auf ausreichende Wärmeversorgung gerichtet ist und bei Ausfall die eigene Heizanlage in Betrieb genommen werden darf; diese Modifikation des Vertrages beruht wohl auf ergänzender Auslegung.

BGH NJW 1982, 870, 872; 1982, 1747, 1748: Trotz Nichtigkeit von AGB, die Folgen der Kündigung eines Leasingvertrages durch den Leasingnehmer bzw. Leasinggeber regeln, kann jener zum Schadensersatz verpflichtet sein. Der angemessene Betrag ist im Weg der ergänzenden Auslegung zu ermitteln, wobei die nichtige Klausel als Anhaltspunkt dient.

MünchKomm/Quack Anh. §§ 929–936, 131: Stillschweigende Freigabeklauseln zur Verhinderung von Übersicherung gelten nach § 157 BGB bei der Sicherungsübereignung als vereinbart.

<sup>189</sup> *Ulmer* § 5, 15 (anders jetzt NJW 1981, 2030 f., vgl. dazu unten § 8 I 1 c); ähnlich *Löwe* § 5, 6. *Koch/Stübing* § 6, 13 lassen eine Ergänzung unter Zugrundelegung der objektiven Interessenlage der Parteien zu; *Staudinger/Schlosser* § 6, 12 befürwortet sie nur bei Fehlen des dispositiven Rechts; ebenso MünchKomm/Kötz AGBG § 6, 17. Dahinstehen kann hier das Problem, wie zu verfahren ist, wenn die (zur Gänze wirksamen) AGB lückenhaft sind, vgl. z. B. MünchKomm/Kötz AGBG § 5, 11.

<sup>190</sup> Vgl. *Löwe* BB 1982, 155.

<sup>191</sup> Vgl. dazu § 8 I 1 e (1).

<sup>192</sup> Vgl. dazu unten § 8 I 1; *Stein* § 6, 12 weist zu Recht darauf hin, daß die von BGHZ 64, 278, 281 f. erwogene Umdeutung einer nichtigen AGB-Klausel den gleichen Einschränkungen unterliegt wie die ergänzende Auslegung. *Löwe* § 6, 2 und *Meyer-Cording* NJW 1979, 2130 lehnen aus diesem Grund eine Umdeutung von AGB-Klauseln generell ab.

*§ 7 Gesetzeskonforme Auslegung als Ergebnis „institutioneller Schranken“, insbesondere des Rechtsmißbrauchseinwandes.*

Neben gesetzeskonformer Restriktion bzw. Extension von Klauseln und Verträgen mittels erläuternder oder ergänzender Auslegung resultiert die Begrenzung des Vertragsinhalts zur Vermeidung eines Gesetzesverstosses auch daraus, daß unabhängig vom Parteiwillen der Durchsetzung von Rechten, die „an sich“ aus der jeweiligen Abrede folgen, Schranken entgegenstehen.

*I. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung*

Hauptfall ist der Topos, die „Berufung“ auf eine formale Rechtsstellung sei eine nach § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung. Die Formulierung ist allerdings insofern ungenau, als es einer Berufung nicht bedarf; der Richter hat den Inhalt und die Wirkung einer Abrede ohnehin durch Auslegung zu ermitteln.<sup>1</sup>

1. Die Bedeutung dieses dogmatischen Ansatzes ist allerdings für AGB durch den Erlaß des AGBG stark zurückgegangen, diente doch die geschilderte Vorgehensweise im Ergebnis als Ersatz für eine Inhaltskontrolle; diese ist jetzt in §§ 9 ff AGBG aber ausdrücklich vorgesehen. Dennoch wird § 242 BGB (bzw. § 9 Abs. 1 AGBG) nach wie vor in der geschilderten Funktion für anwendbar erachtet. Dadurch werde nämlich für den Randbereich der Vereinbarung Flexibilität erzielt, was auch verhindere, daß die entsprechende Klausel im Stadium der Inhaltskontrolle der (Total-)Nichtigkeit verfallt.<sup>2</sup> Der Unterschied zu den Voraussetzungen der Inhaltskontrolle nach §§ 9 ff AGBG soll darin zu finden sein, daß individueller Rechtsmißbrauch nur dann in Frage komme, wenn im Einzelfall aus Sondergründen Treu und Glauben verletzt würden.<sup>3</sup>

Eine solche Abgrenzung wäre allerdings zu wenig aussagekräftig, wenn sie dazu benützt würde, unterschiedliche Rechtsfolgen zu legitimieren.<sup>4</sup> Es dürfte sich als kaum durchführbar erweisen, derartige Sonderfälle mit hinreichender Unterscheidungskraft zu bestimmen bzw. den Randbereich einer Klausel abzustecken. So hat auch der BGH die Anwendung dieses methodischen Vorgehens selbst nach Erlaß des AGBG recht großzügig gehandhabt. Einem Auktionator wurde die Berufung auf eine – ansonsten gültige – Freizeichnungsklausel versagt, weil er bei der Annahme des (gefälschten) Werkes die ihm gegenüber dem Ersteigerer obliegende Sorgfalt

---

<sup>1</sup> *Staudinger/Schlosser* § 9, 11; vgl. aber § 42 VVG, wo eine solche Formulierung gesetzlich verankert ist und dazu *Prölss/Martin* Vorbem I 1 b und *MünchKomm/Löwe* § 651 k, 4.

<sup>2</sup> *Staudinger/Schlosser* § 9, 11 unter paralleler Heranziehung der Grundsätze der einschränkenden Auslegung; *Graba* § 9, 12, 38; *Brandner* § 9, 41; *Koch/Stübing* § 9, 12; *Dietlein/Rebmann* § 9, 11; *Schmidt-Salzer* G 2; ähnlich *MünchKomm/Kötz* AGBG § 9, 8.

<sup>3</sup> *Brandner* § 9, 41; *MünchKomm/Roth* § 242, 437.

<sup>4</sup> Vgl. dazu unten § 8 I 1.

leicht fahrlässig verletzt hatte.<sup>5</sup> In einer früheren – vor Inkrafttreten des AGBG erlassenen – Entscheidung hatte das Gericht bei derselben Problematik den Wandlungsausschluß bei (grob fahrlässiger) Verletzung der Nachforschungspflicht für unangemessen und für damit unwirksam erachtet.<sup>6</sup> Schon die unterschiedslose Verwendung der Inhaltskontrolle neben der Unzulässigkeit der Berufung auf eine formale Rechtsstellung zeigt, daß eine exakte Abgrenzung kaum möglich sein dürfte.<sup>7</sup> So argumentiert denn auch der BGH in vielen Fällen *parallel* mit Teilnichtigkeit und Unzulässigkeit der Berufung auf eine Klausel.<sup>8</sup>

2. Auch weiterhin im bisherigen Maße relevant ist diese Methode gesetzeskonformer Reduktion in Gebieten, die durch § 23 Abs. 1 AGBG vom Geltungsbereich des

<sup>5</sup> BGH NJW 1980, 1619, 1621; grundsätzlich auch 1981, 1204, 1206; zustimmend *Palandt/Putzo* vor § 459, 4 e.

<sup>6</sup> BGHZ 63, 369, 375.

<sup>7</sup> Weitere Fälle: BGHZ 20, 164, 167; 54, 236, 243; BGH NJW 1963, 1148, 1149; 1974, 272, 273; Unzulässigkeit der Berufung auf einen Haftungsausschluß bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit.

BGHZ 33, 216, 219: Berufung auf eine Klausel kann unzulässige Rechtsausübung sein, dadurch kann den Umständen des Einzelfalls Rechnung getragen werden.

BGHZ 40, 387, 389: Berufung auf § 16 AFB im Einzelfall unzulässig, ohne daß dies zur Nichtigkeit der gesamten Klausel führt, ähnlich BGHZ 44, 1, 13; im methodischen Vorgehen ebenso BGHZ 48, 274, 270 f. (Nachbesserungsausschluß).

BGHZ 64, 355, 360: Einwand eines Verstoßes gegen Treu und Glauben gegenüber der Berufung auf einen Haftungsausschluß, wenn der Schuldner die Unterbrechung der Stromzufuhr grob fahrlässig verursacht hat.

BGHZ 81, 15, 18 ff.: Einschränkung einer Konzernverrechnungsklausel durch analoge Anwendung des § 55 Nr. 2 und 3 KO.

BGH NJW 1970, 29, 31: Die Klausel, daß der Käufer dem Verkäufer erst nach Überschreitung der Lieferfrist um 6 Wochen eine Nachfrist setzen kann, ist gültig; bei grob fahrlässiger oder vorsätzlicher Nichteinhaltung der Frist kann es dem Verkäufer nach Treu und Glauben verwehrt sein, sich auf die Frist zu berufen.

BGH NJW 1978, 2547, 2548 (Ziff. 10 Satz 3 AGB d. Banken).

BGH NJW 1981, 748, 749: Formularmäßiger Verzicht des Bürgen auf seine Rechte aus § 776 BGB möglich, es sei denn, der Gläubiger hat willkürlich gehandelt (begründet mit § 242 BGB); in BGH NJW 1981, 761, 762 aber als Fall der Inhaltskontrolle bezeichnet.

BGH NJW 1981, 1363, 1364: Das Verlangen weiterer Sicherheiten kann treuwidrig sein (vgl. dazu schon § 6 Fn. 116).

BGH NJW 1981, 1600: Auch wenn die Verwendung einer Sicherheit für später von Dritten erworbene Forderungen durch Ziff. 19 Abs. 1 und 4 AGB der Banken gedeckt ist, kann der Einwand des Rechtsmißbrauchs entgegenstehen. So auch *Canaris Bankrecht Rdn. 2510*: Trotz grundsätzlicher Geltung der AGB kann im Einzelfall die Berufung der Bank darauf gegen § 242 BGB verstoßen.

BGH NJW 1981, 2243, 2244 mwN.: Die Berufung auf ein Aufrechnungsverbot in AGB verstößt gegen Treu und Glauben, wenn die Gegenforderung erwiesen oder sogar unstreitig ist.

In all diesen Fällen wurde die Wirksamkeit der Klausel und des Vertrages im übrigen nicht in Frage gestellt.

<sup>8</sup> Vgl. z. B. BGHZ 65, 107, 122 f.

AGBG ausgeschlossen sind,<sup>9</sup> insbesondere also im Arbeits- und Gesellschaftsrecht sowie bei individuell vereinbarten Verträgen.<sup>10</sup>

3. Unzulässigkeit der Berufung auf vertraglich vereinbarte Rechte nimmt die Rechtsprechung auch bei Geschäften an, deren Hauptleistungspflichten gegen höherrangiges Recht verstoßen. § 242 BGB begrenzt diese Pflichten, stellt aber den Vertrag ansonsten nicht in Frage. So wurde wegen des Zwecks von § 93 Abs. 2 RAGebO zwar der gerichtliche Schutz für die dem Anwalt untersagte Gebührenvereinbarung verweigert, eine Nichtigerklärung des Vertrages aber abgelehnt, da die Honorarforderung gemäß § 242 BGB limitiert sei.<sup>11</sup>

## II. Ausdrückliche gesetzliche Normierungen

Institutionelle Einschränkungen der Vertragsfreiheit sind ausdrücklich in einer Reihe weiterer Gesetze kodifiziert. Eine davon abweichende Abrede führt jeweils nicht zur Nichtigkeit; die Vereinbarung wird lediglich nicht voll wirksam.

1. Ein Beispiel bietet § 9a Abs. 1 Satz 1 ErbbRVO, wonach eine Vereinbarung, daß die Änderung des Erbbauszinses verlangt werden darf, einen Anspruch auf Erhöhung nur *insoweit* begründet, als diese unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht unbillig ist. Eine anderslautende Übereinkunft ist nicht hinfällig, der dadurch begründete Anspruch ist nur in seiner Wirksamkeit beschränkt.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Vgl. statt aller *Staudinger/Schlosser* § 9, 11.

<sup>10</sup> Vgl. z. B. BGHZ 65, 22, 29, wo der Gesellschafter (bzw. seine Gläubiger) gegen das in der Satzung festgelegte Einziehungsentgelt im Einzelfall geltend machen konnten, es liege unzulässige Rechtsausübung vor.

<sup>11</sup> BGHZ 18, 340, 347 f.; zustimmend *Larenz* AT § 23 II d. Die Entscheidung wurde daneben auch noch darauf gestützt, daß die Anwendung des § 139 BGB im allgemeinen dann eingeschränkt sei, wenn nach dem Willen des Gesetzgebers die Nichtigkeit auf die unwirksame Klausel beschränkt sein soll. Richtiger wäre es insofern gewesen, im Rahmen der Prüfung der Teilnichtigkeit auf den Schutzzweck der Norm abzustellen, wie es z. B. in BGHZ 39, 142, 150 geschehen ist.

Vgl. auch die Rechtsprechung zum Bierlieferungsrecht, bei der teilweise Totalnichtigkeit abgelehnt wurde, wenn die Vertragspflicht nach § 242 BGB herabgesetzt werden konnte, s. dazu die Darstellung unten § 9 IV 1.

Vgl. auch BGH NJW 1970, 29, 30: Können AGB nach § 242 BGB auf ein zulässiges Maß zurückgeführt werden, kann aus der Vereinbarung solcher Bedingungen nicht die Totalnichtigkeit des gesamten Vertrages hergeleitet werden, so auch BGH vom 5. 10. 1966 VIII ZR 75/64, zit. nach BGHZ 51, 55, 57; BGH LM Nr. 5 mwN., 16 zu § 138 (Bc) BGB.

BGH NJW 1971, 1034, 1035 erklärt Klauseln nach § 138 BGB für nichtig, soweit sie nicht mittels einer an § 242 BGB orientierten Auslegung auf ein annehmbares Maß zurückgeführt werden können. In BGH BB 1973, 819 wird offen gelassen, ob die fragliche Klausel nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sei oder ob im gegebenen Fall die Berufung auf sie nach § 242 BGB rechtsmißbräuchlich sei.

<sup>12</sup> BGHZ 75, 279, 283; BGH WM 1982, 236, 239; *Palandt/Bassenge* ErbbRVO § 9a, 1 b; *MünchKomm/von Oefele* ErbbRVO § 9a, 4; *Soergel/Baur* ErbbRVO § 9a, 4; *Staudinger/Ring* ErbbRVO § 9a, 5. Keiner der zitierten Autoren setzt sich mit der Frage auseinander, ob

Diese dogmatische Anknüpfung hat zur Folge, daß ungeachtet einer Überschreitung des gesetzlich zulässigen Rahmens durch eine Vereinbarung das nach dem Gesetz Zulässige aufrechterhalten bleibt.<sup>13,14</sup> Nicht geklärt ist aber insbesondere, wie diese institutionellen Schranken und die Verbotsgesetze voneinander abgegrenzt werden sollen.

2. In dieselbe Gruppe gehören Vorschriften, die ein richterliches Moderationsrecht ausdrücklich vorsehen wie z.B. §§ 343, 655 BGB. Übermäßig belastende Abreden führen demnach nicht zur Nichtigkeit, vielmehr kann auf Antrag die Pflicht auf ein sittenkonformes Maß herabgesetzt werden.<sup>15</sup> Freilich ist anerkannt, daß neben § 343 BGB auch § 138 BGB anwendbar ist,<sup>16</sup> was nach der im Rahmen dieser Norm herrschenden Ansicht Totalnichtigkeit zur Folge hat. Eine parallele Anwendung beider Normen findet allerdings primär dann statt, wenn zu der überzogenen Höhe noch besondere Umstände hinsichtlich des Inhalts des Beweggrundes oder des Zwecks treten,<sup>17</sup> also eine nichtigkeitsvermeidende Reduktion ohnehin nicht möglich ist. Die Nichtigkeit eines Strafversprechens in einem Vertrag zur Abwendung der Ehescheidung beispielsweise<sup>18</sup> beruhte nicht auf der Höhe der Vertragsstrafe, sondern auf ihrer Vereinbarung schlechthin. Freilich hat der BGH im gewissen Gegensatz dazu eine Vertragsstrafenvereinbarung für gänzlich unwirksam erklärt, wenn und weil eine Überdehnung des Straftatbestandes vorliege und

---

bei Kenntnis des Grundstückseigentümers vom Verstoß gegen § 9a ErbbRVO Totalnichtigkeit der Klausel eintritt.

<sup>13</sup> Vgl. auch die Konzeption *Flumes* NJW 1959, 919, der mittels institutioneller Schranken den Konflikt zwischen verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession lösen will; vgl. dazu die Darstellung oben § 6 I 3 a (2).

<sup>14</sup> S. auch den Fall des § 74a Abs. 1 HGB. Dort ist nicht die Abrede unwirksam, sie wird vielmehr entsprechend den kodifizierten Regeln beschränkt, vgl. dazu statt vieler *Schlegelberger/Schröder* § 74a, 1; *Großkomm/Würdinger* § 74a vor 1. BAG AP Nr. 22 zu § 74 HGB sieht § 74a HGB, soweit sein Regelungsbereich geht, als Spezialregel zu § 138 BGB an. Vgl. auch die Fälle der §§ 616 Abs. 2 Satz 1 BGB, 90a Abs. 4 HGB, wonach Ansprüche „nicht abbedungen werden können“, s. dazu *Großkomm/Brüggemann* § 90a, 6 und unten § 8 II 3 a.

<sup>15</sup> *Palandt/Heinrichs* § 343, 1b; *RGRK/Ballhaus* § 343, 7; differenzierend nach gutem Glauben *Lindacher* S. 105. Die Frage, ob § 655 BGB auf alle Maklerverträge anwendbar ist, ist strittig, vgl. (bejahend) *MünchKomm/Schwerdtner* § 652, 170; (ablehnend) *Ermann/Werner* § 655, 3; *Palandt/Thomas* § 652, 7a, dieser allerdings mit der Maßgabe, daß bei Verstößen gegen § 2a WiStG der angemessene Lohn vereinbart sei.

<sup>16</sup> *Palandt/Heinrichs* § 343, 1b; *RGRK/Ballhaus* § 343, 6; *MünchKomm/Söllner* § 343, 4.

<sup>17</sup> RGZ 85, 100, 102; 114, 304, 307; BGH LM Nr. 1b zu § 343 BGB; WM 1977, 641, 643; *Palandt/Heinrichs* § 343, 1b mwN.; *RGRK/Ballhaus* § 343, 7; in RGZ 152, 251, 258 ff. wurde das Ergebnis der Teilnichtigkeit dadurch erreicht, daß der Gläubiger nach Treu und Glauben nur bei schwerwiegenden Verstößen die Vertragsstrafe geltend machen durfte. Nicht ganz richtig daher *Belke* DB 1969, 605 bei Fn. 65, der unter Berufung auf diese Entscheidung meint, die Klausel verfallende gänzlich der Nichtigkeit. Der Unterschied zu einer Anwendung des § 343 BGB liegt allerdings darin, daß diese Norm auch bei leichteren Verstößen des Schuldners zu einer, wenn auch herabgesetzten, Vertragsstrafe geführt hätte, während sie die geschilderte Anwendung des § 242 BGB in diesen Fällen total ausschließt.

<sup>18</sup> RGZ 158, 294, 300.



zudem die Strafhöhe zu beanstanden sei.<sup>19</sup> Ebenso wurde die Vereinbarung einer erfolgsunabhängigen Provision für einen Doppelmakler für nichtig erachtet.<sup>20</sup>

*§ 8 Gesetzeskonforme Auslegung als Folge der Teilnichtigkeitsklärung  
wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot*

Schon im Rahmen der Auslegung war zu unterscheiden, ob es um das Schicksal einer Klausel ging, der Vertrag als solcher aber nicht tangiert wurde, oder ob die Wirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäfts betroffen war. Diese Dichotomie taucht auch bei der Kontrolle der Rechtsgeschäfte anhand gesetzlicher Verbote auf.

*I. Teilnichtigkeit einzelner Klauseln?*

Wendet man sich zuerst der Konsequenz eines partiellen Gesetzesverstoßes für die jeweilige Klausel zu, so ist zu differenzieren, ob dem Vertrag AGB zugrunde liegen oder ob die Klausel individuell vereinbart wurde.

1. Bei einer partiell gegen das AGBG oder sonstiges zwingendes Recht verstoßenden Klausel wird zwar die Möglichkeit einer Reduzierung in vielen Konstellationen gegeben sein; dennoch könnte der Zweck des Gesetzes Totalnichtigkeit erfordern.<sup>1</sup>

a) Der wohl überwiegende Teil der Literatur sowie der Rechtsprechung der Instanzgerichte folgert aus der partiellen Kollision einer Klausel mit zwingendem Recht Totalnichtigkeit des jeweiligen Teils der AGB. Sinn und Zweck des AGBG stehe einer geltungserhaltenden Reduktion entgegen. Dem Vertragspartner des Ver-

---

<sup>19</sup> BGHZ 60, 377, 384f. unter Berufung auf *Belke* DB 1969, 605f. Fehl geht dagegen der Hinweis auf *Lindacher* S. 206, da dieser jedenfalls bei gutem Glauben (nicht bei Fahrlässigkeit) selbst im Rahmen einer AGB-Kontrolle Reduzierbarkeit annimmt, vgl. S. 208f.

BGHZ 49, 84, 86ff. hat dagegen die Abrede, daß der Auftraggeber unter gewissen Voraussetzungen die Gesamtprovision zu zahlen habe, als Vertragsstrafeversprechen interpretiert, was den Vorteil habe, daß der Richter herabsetzen könne.

Vgl. auch BGH NJW 1981, 1509, 1510: Keine Reduktion einer überhöhten Vertragsstrafe gegenüber einem Kaufmann; die entsprechende Klausel verstoße gegen § 9 AGBG, da eine Herabsetzung nach § 348 HGB nicht in Frage komme (a. A. *Schlegelberger/Hefermehl* § 348, 30; LG Frankfurt NJW 1975, 1519, 1520).

<sup>20</sup> BGHZ 61, 17, 21ff; der BGH stellt fest, daß die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung möglich gewesen wäre, erachtet diese aber als nicht vereinbart.

Vgl. auch BGH NJW 1980, 1622, 1623: Nichtigkeit einer formlosen Vereinbarung zwischen einem Makler und einem Kunden, bei Nichtzustandekommen des Grundstückkaufvertrages eine Pauschale von annähernd 20% der bei erfolgreicher Vermittlung fälligen Provision zu bezahlen, da das einen unangemessenen Druck in Richtung auf den Abschluß eines entsprechenden Vertrages ausüben würde. Es gibt nach Ansicht des BGH keine Möglichkeit, die Vertragsstrafe auf ein noch tragbares (nicht beurkundungspflichtiges) Maß herabzusetzen oder die Vereinbarung in einem derartigen Umfang als gültig zu behandeln; ebenso BGH NJW 1979, 307, 308.

<sup>1</sup> So auch die Fragestellung bei *Staudinger/Schlosser* § 6, 15a; *Kötz* NJW 1979, 787; *Flume* II § 32 4. Die beiden Letztgenannten sehen das Problem lediglich als Frage des § 139 BGB an.

wenders solle nämlich nicht erst im Prozeß zu seinem Recht verholten werden; es gehe vielmehr darum zu verhindern, daß er bereits vorher mit überzogenen Klauseln konfrontiert werde. Anderenfalls könnte jeder Verwender zunächst einmal ihm möglichst günstige Passagen in den AGB formulieren; jedes Risiko sei ihm abgenommen, da er allenfalls mit der Reduzierung auf das gesetzlich eben noch vertretbare Maß zu rechnen habe.<sup>2</sup> Man käme so zur Zulässigkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung, was § 6 Abs. 2 AGBG gerade verhindern wolle.<sup>3</sup>

Eine Ausnahme wird zum Teil dann zugelassen, wenn es darum gehe, eine dem Verwenderrisiko nicht zurechenbare Folge einer Rechtsprechungsänderung abzumildern,<sup>4</sup> oder wenn die Klausel ihrem Wortlaut nach Regelungen umfasse, an die der Aufsteller nicht gedacht habe;<sup>5</sup> in diesem Fall könne mit einschränkender Auslegung geholfen werden.<sup>6</sup>

b) Die Gegenansicht befürwortet generell die Möglichkeit einer Reduzierung zu weit gehender Klauseln.<sup>7</sup> Schon in §§ 343 BGB, 74 a Abs. 1 HGB, 133 f. Abs. 1

<sup>2</sup> *Staudinger/Schlosser* § 6, 15 aff.; *Staudinger/Dilcher* § 138, 108; *Schlosser* § 6, 9; *Coester-Waltjen* § 11 Nr. 3, 13; § 11 Nr. 5, 39; *Palandt/Heinrichs* AGBG vor § 8, 3b; § 13; 2b; *Erman/H. Hefermehl* AGBG § 6, 8 (a. A. noch *Erman/W. Hefermehl*<sup>6</sup> vor § 145, 46 (Reduktion nach § 242 BGB)); *Stein* § 6, 13; *Hensen* § 11 Nr. 5, 22; § 11 Nr. 7, 30; zum Teil auch § 17, 16; *Larenz* AT § 29a III d; *von Westphalen* DB 1977, 1687; *Sonnenschein* NJW 1980, 1720; *Bunte* AcP 181, 41 f.; OLG Hamburg WM 1978, 1358, 1361; NJW 1981, 2420, 2421; OLG Köln ZIP 1980, 981, 983; LG Heilbronn ZIP 1980, 993, 994 (in den vier letztgenannten Entscheidungen fehlte eine hinreichend klare Vorregelung, was anstelle der nichtigen Klausel gelten solle); OLG Stuttgart BB 1979, 1468 f.; LG Düsseldorf BB 1979, 1632; OLG Koblenz ZIP 1981, 509, 511; OLG Frankfurt NJW 1981, 130 mit dem Argument, das Gericht dürfe die Klausel nicht umgestalten; OLG Karlsruhe NJW 1981, 405, 407; OLG Hamm NJW 1981, 1049, 1050; 1982, 283 f.; *Koch/Stübing* § 11 Nr. 7, 18, widersprüchlich § 9, 36; *Löwe* JuS 1977, 424 mit Fn. 23; *ders.* BB 1982, 153; *ders.* § 6, 2, wo er allerdings auf den Willen der Vertragsparteien abstellt, wobei unklar bleibt, wieso der Vertragspartner mit der reduzierten Klausel nicht einverstanden sein sollte, wenn sie sich der weitergehenden unterworfen hat. Bei „persöner“ Teilunwirksamkeit befürwortet *Feiber* NJW 1980, 1148 die Lösung anhand § 139 BGB; a. A. (Aufrechterhaltung des den Kunden begünstigenden Teils) *Erman/H. Hefermehl* AGBG § 6, 8 a. E. – Wie die h. M. jetzt BGH WM 1982, 871, 873; wohl auch BGH WM 1982, 869, 871.

<sup>3</sup> *Staudinger/Schlosser* § 6, 16; *Löwe* § 6, 2; *Larenz* AT § 29a III d; *Sonnenschein* NJW 1980, 1720; offengelassen in BGH WM 1982, 871, 873; vgl. aber § 6 Fn. 187.

<sup>4</sup> *Staudinger/Schlosser* § 6, 16.

<sup>5</sup> *Staudinger/Schlosser* § 6, 17.

<sup>6</sup> *Palandt/Heinrichs* vor § 8, 3b; *Staudinger/Schlosser* § 6, 17a.

<sup>7</sup> OLG Karlsruhe NJW 1981, 1676, 1677; OLG München NJW 1981, 1963 unter Berufung auf den Wortlaut von § 11 Nr. 7 AGBG; OLG Frankfurt/Kassel NJW 1981, 2760, 2761 f.; de facto auch OLG Stuttgart BB 1982, 148 f.; LG Hannover BB 1981, 324; *StudK/Lüderitz* AGBG § 9, 3; *MünchKomm/Hanau* § 276, 187; *MünchKomm/Kötz* AGBG § 6, 8 ff.; *Staudinger/Mayer-Maly* § 315, 44; *Kötz* NJW 1979, 785 ff.; *Brandner* § 9, 93; zum Teil auch *Hensen* § 17, 13 ff.; *Ulmer* § 6, 20, anders jetzt NJW 1981, 2015 ff., vgl. dazu genauer unten § 8 I 1 c; *Capelle/Canaris* § 15 I 3 e; im Ergebnis auch *Canaris* Bankrecht Rdn. 2226 (Begrenzung von Freizeichnungsklauseln in Safeverträgen, soweit sie gegen § 11 Nr. 7 AGBG verstoßen); *Ebel* DB 1979, 1973; *Schmidt-Salzer* F 55 ff.; *Locher* S. 58 ff.; ohne Erörterung des Problems z. B. auch *MünchKomm/Voelckow* § 540, 2; für die Rechtslage vor Erlaß des AGBG *Raiser* S. 324 *Naendrup* S. 51.

GewO finde sich ein positivrechtlicher Anknüpfungspunkt zur Vermeidung des Alles- oder Nichts-Prinzips.<sup>8</sup> Die h.M. führe zu einer Disproportionalität der Rechtsfolgen. Denn der teilweise Verstoß werde genauso geahndet wie die gänzliche Unvereinbarkeit der Klausel mit dem Gesetz. Die h.M. müsse zudem Versuche provozieren, der Totalnichtigkeit mittels redaktorischer Kunstkniffe zu entgehen.<sup>9</sup> Dem Gebot der transparenten Fassung der AGB werde auch bei einer Reduktion in aller Regel Rechnung getragen; lediglich, wo der Gesetzgeber ausdrücklich eine Hinweispflicht statuiert habe – wie etwa in § 11 Nr. 10b AGBG –, könne eine so genaue Aufgliederung im Klauselwerk vom Verwender verlangt werden.<sup>10</sup>

Freilich erfahre auch dieser Grundsatz eine Ausnahme, wenn der Verwender die partielle Unvereinbarkeit mit dem Gesetz gekannt oder sich dieser Kenntnis bewußt verschlossen habe. Dann sei Totalnichtigkeit die angemessene Reaktion, um zu verhindern, daß der Verwender sanktionslos die Täuschung leichtgläubiger Kunden versuchen könne.<sup>11</sup> Im Endeffekt nähern sich so die beiden Ansichten, jedenfalls die beiden differenzierenden Spielarten, weitgehend an. Es kann allenfalls Unterschiede in der Beweislast ergeben, ob man Totalnichtigkeit annimmt, für gutgläubige Verwender aber eine Ausnahme zuläßt, oder Teilnichtigkeit als Grundsatz postuliert, davon jedoch zuungunsten bösgläubiger Verwender abweicht.

c) Daneben finden sich verschiedene Versuche einer differenzierenden Lösung. So wird vorgeschlagen, auf den Kausalzusammenhang zwischen den verschiedenen Bestandteilen der von der partiellen Nichtigkeit betroffenen Einzelbestimmung abzustellen. Da § 6 AGBG nur das Schicksal des Gesamtvertrages, nicht aber das der einzelnen teilweise gegen das Gesetz verstoßenden Klauseln regelt, sei insoweit § 139 BGB einschlägig.<sup>12</sup> Die dann relevante Frage, wann ein nichtiger *Teil* eines Rechtsgeschäfts vorliege, entscheide sich danach, welche Komponenten die Nichtigkeit begründeten. Bei quantitativem Übermaß gehörten dazu nicht nur der den zulässigen Rahmen überschreitende Teil des Leistungsinhalts, sondern auch der im Rahmen des gesetzlich Zulässigen verbleibende Rest, da auch er nicht hinweggedacht werden könne, ohne daß der zur Nichtigkeit führende Gesetzesverstoß entfielen oder zumindest abgeschwächt werde.<sup>13</sup> Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe sei bei unangemessener Fristsetzung (vgl. § 10 Nr. 1 AGBG) keine Reduzierung möglich, während der Ausschluß der Haftung für grobe Fahrlässigkeit die Abdingung der Verantwortung für leichte Schuld nicht tangiere.<sup>14</sup>

Abgesehen davon, daß eine Begründung für das Konzept des Kausalzusammenhangs nicht gegeben wird, vermag dieser Vorschlag auch vom Ergebnis her nicht zu

<sup>8</sup> *Capelle/Canaris* § 15 I 3 e.

<sup>9</sup> *Kötz* NJW 1979, 788; *Locher* S. 60.

<sup>10</sup> *MünchKomm/Kötz* AGBG § 6, 11; *ders.* NJW 1979, 788.

<sup>11</sup> *MünchKomm/Kötz* AGBG § 6, 12; *ders.* NJW 1979, 789 unter Hinweis auf *Lindacher* AcP 173, 124 ff.; ähnlich *Capelle/Canaris* § 15 I 3 e; a. A. *Schmidt-Salzer* F 61, der auf das Problem des bösgläubigen Verwenders allerdings nicht eingeht.

<sup>12</sup> *Götz* NJW 1978, 2225.

<sup>13</sup> AaO. S. 2226.

<sup>14</sup> AaO. S. 2226.

überzeugen; er bleibt nämlich in einem formalen Begriff der Teilnichtigkeit stecken. So ist nicht einsichtig, warum bei einem Verstoß gegen § 1822 Nr. 5 BGB<sup>15</sup> eine Reduzierung möglich sein soll, bei wucherischen Geschäften dagegen nicht. Denn auch im erstgenannten Fall resultiert der Gesetzesverstoß aus der zu weit gehenden Verpflichtung, wenn auch der Zeitpunkt der Volljährigkeit für die Berechnung der zulässigen Frist von Bedeutung ist. Es würde somit oft von Zufälligkeiten abhängen, ob Teilbarkeit im verlangten Sinn vorliegt. So ist denn auch diese Ansicht gezwungen, in einer Reihe von Fällen – wie bei Bierlieferungsverträgen usw. – die von ihr postulierten Regeln „mit Rücksicht auf das Prinzip von Treu und Glauben“ zu durchbrechen.<sup>16</sup> Die Anwendung der aufgestellten Grundsätze bei der hier zu untersuchenden Problematik wird dadurch nicht plausibler.

Ähnliche Unterscheidungen bestimmen auch einen weiteren Lösungsweg. Ausgangspunkt ist die Verwendung eines materiellen Klauselbegriffs. Entscheidendes Kriterium sei dann, ob die Bestimmung zur Regelung ein und desselben Sachpunkts diverse Unterpunkte vorsehe, von denen einige entfallen könnten, ohne daß damit zugleich die übrigen sinnlos würden.<sup>17</sup> Es müsse ein ausformulierter Text übrigbleiben, auf den sich der Verwendungsgegner konkret einstellen könne.<sup>18</sup> Diese teilbaren Klauseln seien bei partiellem Gesetzesverstoß in gesetzeskonformem Umfang aufrechtzuerhalten. Anders sei dagegen zu entscheiden, wenn eine quantitative Überschreitung des gesetzlichen Rahmens vorliege. Hier sei schon eine Reduktion anhand der §§ 139 und 140 BGB unmöglich. Zudem müsse man auf den Schutzzweck des AGBG zurückgreifen, der einen Vorrang des dispositiven Rechts vor der Reduktion statuiere.<sup>19</sup> Bestätigt werde das Ergebnis durch einen Vergleich mit der verfassungskonformen Auslegung, die nur Teilnichtigkeit, nicht aber Reduktion kenne, sowie durch die Regelung der §§ 13 ff. AGBG.<sup>20</sup>

Die Begründung geht schon deswegen fehl, weil gerade im Verfassungsrecht Auslegung und Teilnichtigkeitsklärung nicht zu trennen sind, vielmehr einheitliche Kriterien den Ausschlag dafür geben, ob der Rest eines Gesetzes aufrechterhalten werden kann.<sup>21</sup> Es ist weiterhin inkonsequent, einerseits den materiellen Klauselbegriff zugrunde zu legen, andererseits für die Frage der Teilbarkeit redaktorische Kunstfertigkeit bei der Ausformulierung zu prämiieren.<sup>22</sup> Das gilt vor allem, wenn man mit der Präventionswirkung der Totalnichtigkeit argumentiert. Rein formal bleibt die Begründung, eine reduzierte Klausel stelle ein anderes Geschäft dar; auch damit würde eine Ausdifferenzierung von Klauseln in kleine Partikel gefördert, um so eine Aufrechterhaltung zu erreichen. Letztlich ist das Kriterium des (formal) ausscheid-

<sup>15</sup> Vgl. dazu genauer die Darstellung unten § 10 I 2.

<sup>16</sup> Götz NJW 1978, 2226.

<sup>17</sup> Eike Schmidt JA 1980, 403.

<sup>18</sup> AaO. S. 404; also eine Art blue-pencil-Test, vgl. dazu auch Zimmermann S. 79 mwN.

<sup>19</sup> AaO. S. 404.

<sup>20</sup> AaO. S. 405 unter fälschlicher Berufung auf Stober JA 1979, 418.

<sup>21</sup> Vgl. § 2 III 1.

<sup>22</sup> Vgl. auch Ulmer NJW 1981, 2032.

baren Teils allein zu wenig aussagekräftig, um damit eine Basis für die in der Rechtsfolge so relevante Unterscheidung zu gewinnen.<sup>23</sup>

Dennoch ist entscheidendes Kriterium auch eines weiteren Ansatzes, ob eine zu weit gefaßte, wenn auch teilbare oder eine von vornherein geteilte Klausel in die AGB aufgenommen sei.<sup>24</sup> Beide Gruppen wiesen zwar Gemeinsamkeiten auf, soweit es um restriktive Auslegung und Umdeutung gehe; jene scheitere am Vorrang der Inhaltskontrolle und der Einführung der §§ 13 ff. AGBG, dieser stehe entgegen, daß der wirtschaftliche Gehalt der Regelung und nicht nur das rechtliche Mittel betroffen werde.<sup>25</sup> Im übrigen aber zeigten sich Unterschiede: Klauseln, die lediglich *teilbar* seien, könnten wegen des Wortlauts und des Schutzzwecks des AGBG nicht durch geltungserhaltende Reduktion<sup>26</sup> vor der Totalnichtigkeit bewahrt werden. Sonst werde gegen das Transparenzgebot verstoßen und der Richter als Sachwalter der Interessen des Verwenders mißbraucht.<sup>27</sup> Dagegen könne eine zu weit gehende Klausel u. U. im Wege der ergänzenden Auslegung aufrechterhalten werden, wenn das dispositive Recht keine angemessene, den typischen Interessen beider Seiten Rechnung tragende Lösung biete. Dies sei insbesondere der Fall, wenn der Verstoß gegen §§ 9 ff. AGBG nicht absehbar gewesen sei.<sup>28</sup> Vom Verwender bereits *geteilte* Klauseln seien dagegen nur nichtig, *soweit* die Rechtswidrigkeit reiche; dies sei unbedenklich, da es an einem richterlichen Eingriff fehle. Schranken der Aufteilung gebe es nicht, einer „hemmungslosen Zergliederung“ des Klauselwerks sei durch das Verständlichkeitsgebot des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG sowie dadurch Rechnung getragen, daß die nach §§ 13 ff. AGBG klageberechtigten Verbände um so eher auf die unangemessenen Klauselteile aufmerksam gemacht würden. In Mißbrauchsfällen helfe das Umgebungsverbot des § 7 AGBG.<sup>29</sup>

<sup>23</sup> Wie *Eike Schmidt* aber wohl *Palandt/Heinrichs* AGBG vor § 8, 3 b. Freilich ist die Verwendung eines materiellen Klauselbegriffs in Anlehnung an den Katalog der §§ 10 f. AGBG (so *Eike Schmidt* JA 1980, 402) ohnehin nicht unproblematisch, was die Abgrenzungsprobleme angeht. Sieht man etwa die Haftung für zugesicherte Eigenschaften (§ 11 Nr. 11 AGBG) als eigenständiges Regelungsgebiet an, so ist ein Ausschluß beispielsweise der Haftung nach § 635 BGB nur nichtig, soweit es um das Fehlen zugesicherter Eigenschaften geht (so im Ergebnis BGH NJW 1982, 377, 378). Anders wäre es, wenn man den materiellen Klauselbegriff nach § 635 BGB abgrenzte; ein Verstoß gegen § 11 Nr. 11 AGBG führte dann nach h. M. und *Eike Schmidt* zur Totalnichtigkeit der Klausel. Eine solche Totalnichtigkeit wird allerdings – soweit ersichtlich – von niemandem befürwortet; im Gegensatz dazu wird im Hinblick auf die parallele Problematik des § 11 Nr. 7 AGBG der materielle Regelungs Bereich auf alle Arten des Verschuldens erstreckt (vgl. statt aller *Staudinger/Schlosser* § 6, 15 a).

<sup>24</sup> *Ulmer* NJW 1981, 2025 ff.

<sup>25</sup> AaO. S. 2026 f.; insbesondere das Argument zur Ablehnung der Umdeutung widerspricht der Funktion des § 140 BGB, die der Norm auch von der Rechtsprechung zuerkannt wird; vgl. unten § 11 I, III 1.

<sup>26</sup> Diese wird von *Ulmer* NJW 1981, 2028 als eigenständiges Institut angesehen, das in § 138 BGB sowie von § 134 BGB iVm. den konkreten Verbotsgesetzen seine (nach *Ulmer* aaO. zweifelhafte) Wurzel habe.

<sup>27</sup> AaO. S. 2028 f.

<sup>28</sup> AaO. S. 2031.

<sup>29</sup> AaO. S. 2031 f.

Die Kritik an diesem Ansatz betrifft schon die starre Differenzierung anhand des dogmatischen Anknüpfungspunkts bei der Frage der Teilnichtigkeit teilbarer Klauseln. Das gilt um so mehr, als die Abgrenzungskriterien zwischen geltungserhaltender Reduktion und ergänzender Auslegung sich als wenig griffig erweisen. So soll die geltungserhaltende Reduktion vorgehen, da dann schon keine Lücke im Vertrag entstehe, die wiederum Voraussetzung für die ergänzende Auslegung sei.<sup>30</sup> Genauso ließe sich behaupten, wegen der Möglichkeit der ergänzenden Auslegung stelle sich das Problem der Teilnichtigkeit nicht.<sup>31</sup> Aus dem Unterschied von § 139 BGB und § 6 Abs. 1 AGBG den Vorrang der Reduktion herauslesen zu wollen,<sup>32</sup> geht schon deswegen fehl, weil vom Schicksal des restlichen Vertrages nicht auf die Methode der Inhaltsfindung der fraglichen Klausel geschlossen werden kann.<sup>33</sup>

Darüber hinaus überzeugt die Differenzierung zwischen teilbaren und geteilten Klauseln nur insoweit, als auch das Gesetz nicht den Reduktionsmaßstab zur Verfügung stellt – vorwiegend also in den Fällen eines Verstoßes gegen § 9 AGBG. Anders verhält es sich aber bei einer Kollision mit §§ 10f. ABGB. Dort ist die Grenze des Zulässigen exakt durch das Gesetz festgelegt,<sup>34</sup> damit wird der Richter jedenfalls nicht zum Sachwalter des Verwenders. Unter dem Aspekt des Transparenzgebotes – d. h. einer genauen Festlegung der Rechte und Pflichten des Kunden – macht es keinen Unterschied, ob eine Reihe ausdifferenzierter Klauseln rechtswidrig ist oder ob die Regelung zusammengefaßt ist. In beiden Fällen ist für den Kunden der Umfang seiner Rechte nur anhand des Gesetzes erkennbar. Auch der Präventionsgedanke trägt die Differenzierung nicht. Soll durch Totalnichtigkeit der Verwender von der Aufstellung teilweise nichtiger Klauseln abgehalten werden, so müßte dies auch und erst recht gelten, wenn der Verwender die Bedingungen formal aufspaltet, damit möglicherweise die Absicht der Gesetzesumgehung manifestiert. Entscheidend spricht aber gegen den Vorschlag, daß der Verwender das Risiko der Totalnichtigkeit umgehen kann, indem er den gesetzlich zulässigen und dem AGBG leicht entnehmbaren Maßstab in die AGB übernimmt – entweder als subsidiäre Regelung oder aber eingebaut in seine über das Erlaubte hinausgehenden Bedingungen. Ihn gegenüber dem Verwender lediglich teilbarer Klauseln zu privilegieren, besteht kein unter dem Aspekt der Präventionsgedankens hinreichender Grund.

d) Die Rechtsprechung des BGH hat zu dieser Kontroverse zunächst<sup>34a</sup> nicht ausdrücklich Stellung genommen. Vor Erlaß des AGBG gingen die meisten Ent-

<sup>30</sup> AaO. S. 2027.

<sup>31</sup> So BGHZ 63, 132, 135, vgl. dazu oben § 6 II 1.

<sup>32</sup> So *Ulmer* NJW 1981, 2027.

<sup>33</sup> Die von *Ulmer* aaO. weiter vorgenommene Unterscheidung, die ergänzende Auslegung berücksichtige angemessen die Interessen beider Parteien, während die Reduktion auf den noch vertretbaren Inhalt ausgerichtet sei, betrifft nur die Rechtsfolge und vermag daher – wenn sie überhaupt zutrifft – für die tatbestandliche Voraussetzung beider Institute keine Kriterien zu nennen.

<sup>34</sup> *Kötz* NJW 1979, 789; a. A. *Staudinger/Schlosser* § 6, 16; *Eike Schmidt* JA 1980, 404; *Ulmer* NJW 1981, 2029; vgl. dazu genauer unten § 20 II 2 a (1).

<sup>34a</sup> Vgl. jetzt BGH WM 1982, 869, 871; 1982, 871, 873.

scheidungen – in aller Regel ohne nähere Problematisierung – von der Teilnichtigkeit bzw. Reduktion der zu überprüfenden Klauseln aus,<sup>35</sup> machten davon freilich auch Ausnahmen.<sup>36</sup> Insbesondere die Urteile, die die Möglichkeit einer ergänzenden Auslegung verneinten,<sup>37</sup> zeigen aber die Tendenz der Rechtsprechung, nicht in jedem Fall einen gesetzeskonformen Vertragsinhalt zu ermitteln.<sup>38</sup> Freilich lassen sich diese Entscheidungen auch mit der mangelnden Bestimmbarkeit des Inhalts erklären, der an die Stelle der nichtigen Abrede treten soll.<sup>39</sup>

Auch nach Erlass des AGBG – wenn auch das Gesetz im speziellen Fall noch nicht anwendbar war – hat der BGH freilich als nahezu selbstverständlich verschiedene Male Klauseln für nur teilnichtig erachtet. So hielt er bei der Inhaltskontrolle eines Fluchthelfervertrags eine Regelung, wonach ein geleisteter Vorschuss nicht zurückzuzahlen sei, für insoweit unwirksam, als sie die Rückforderung auch für den Fall des Mißerfolgs der Flucht aufgrund grober Fahrlässigkeit eines Erfüllungsgehilfen des Fluchthelfers ausschloß.<sup>40, 41</sup> Schon unter der Geltung des AGBG wurde eine Klausel im Ergebnis für teilnichtig erklärt, indem der BGH gemäß § 9 Abs. 1 AGBG die Berufung auf sie nicht zuließ.<sup>42</sup> In all diesen Fällen hat das Gericht seine Entscheidung gefällt, ohne zu untersuchen, ob der Klauselverwender den partiellen Gesetzesverstoß kannte oder kennen mußte. Auch die de facto zur Teilnichtigkeit führende geltungserhaltende Auslegung bei dem Problem der Kollision zwischen

<sup>35</sup> Vgl. z. B. BGHZ 38, 183, 186; 50, 200, 207; 65, 107, 112; 71, 196, 204; 71, 226, 228 f.; 77, 88, 93; BGH WM 1977, 641, 642; NJW 1978, 1918; 1979, 2148, 2149; LM Nr. 5 zu § 138 (Bc) BGB; wohl auch NJW 1979, 1550, 1551; OLG Stuttgart NJW 1979, 2355, 2356 („insoweit“).

<sup>36</sup> Vgl. z. B. BGHZ 60, 377, 384 und dazu oben § 7 II 2 mit Fn. 19.

<sup>37</sup> Vgl. oben § 6 II 3 a mit Nachw. in Fn. 185.

<sup>38</sup> Diese Entscheidungen werden in der Lehre in aller Regel als Belege gegen die Möglichkeit der Reduktion angeführt, je nach Standpunkt des Autors als Regel oder als Ausnahme; vgl. z. B. *Staudinger/Schlosser* § 6, 15 a; *Capelle/Canaris* § 15 I 3 e; *Kötz* NJW 1979, 786.

<sup>39</sup> S. dazu unten § 20 II 2.

<sup>40</sup> BGHZ 69, 302, 307 ff.; BGH NJW 1980, 1574, 1576; ob der BGH auch reduzieren würde, wenn der Vorschuss die Aufwendungen deutlich überstiege, ist nach beiden Entscheidungen nicht ganz klar.

<sup>41</sup> Weitere Fälle: BGH NJW 1981, 761, 762: Formularmäßiger Verzicht des Bürgen auf die Einrede aus § 770 Abs. 2 BGB gilt nicht bei unbestrittener oder gar rechtskräftig festgestellter Forderung des Hauptschuldners gegen den Gläubiger (vgl. dazu auch schon § 7 Fn. 7). In BGH NJW 1980, 2192, 2193 werden §§ 133, 157, 242 BGB nebeneinander zitiert, um die Unwirksamkeit einer Klausel darzutun.

BGH NJW 1982, 181, 182: Der Ausschluß der Rückzahlung einer Eintrittsgebühr durch AGB ist unwirksam, soweit die Erstattung auch bei Beendigung des Vertrages während der Probezeit abbedungen ist.

BGH NJW 1982, 178, 181 betont, daß die nur für einen Teil einer (ausdifferenzierten) Klausel festgestellte Unwirksamkeit nicht wegen ihres Zusammenhangs mit den übrigen Teilen zu deren Unwirksamkeit führt. Habe die Klausel auch ohne den nichtigen Teil einen Sinn und könne sie als inhaltlich selbständige Regelung aufgestellt werden, so könne sie auch Gegenstand gesonderter Wirksamkeitsprüfung sein, wenn sie in äußerem Zusammenhang mit unwirksamen Klauseln stehe. Der BGH beruft sich hierbei auf sein Urteil NJW 1981, 117 f., in dem dieselbe Lösung mittels einschränkender Auslegung gewonnen worden war (vgl. § 6 Fn. 116 und sogleich im Text unter c (2)).

<sup>42</sup> BGH NJW 1980, 1619, 1621, vgl. dazu oben § 7 I 1.

Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt hat das Gericht ohne nähere Problematisierung vorgenommen, zum Teil die entsprechende Auslegung gerade mit dem Wissen der Parteien von der Möglichkeit einer Kollision zwischen dem Inhalt der Klausel und zwingendem Recht begründet.<sup>43</sup> Das Gleiche gilt für die zur Aufrechterhaltung im gesetzlich zulässigen Umfang führende enge Auslegung; bei all diesen Arten der Inhaltsermittlung werden keine Abgrenzungskriterien zwischen Auslegung, der Unzulässigkeit einer Berufung auf die vertragliche Vereinbarung und der Inhaltskontrolle genannt.<sup>44</sup>

Zu einer ausdrücklichen Teilnichtigklärung führte die Überprüfung einer Klausel, die die Parteien bei Änderung des Umsatzsteuersatzes zur Preisanpassung berechtigten sollte. Auf einen entsprechenden Antrag des klagenden Verbandes hin erachtete der BGH die Bestimmung im Hinblick auf § 11 Nr. 1 AGBG als nichtig, soweit sie Verträge mit einem Nichtkaufmann beträfe, in denen eine Lieferfrist von nicht mehr als 4 Monaten vereinbart sei.<sup>45</sup>

Nicht im Rahmen der Kontrolle von AGB, aber anhand einer Inhaltskontrolle des Gesellschaftsvertrags einer Publikumskommanditgesellschaft hat der BGH den Straf- und Präventionscharakter dieser Kontrolle verneint; es gehe vielmehr um die Wiederherstellung der Vertragsgerechtigkeit.<sup>46</sup>

e) (1) Bei der Lösung des Problems kann man mit dem Wortlaut des AGBG selbst kaum überzeugend argumentieren. Zwar spricht § 9 Abs. 1 AGBG davon, daß Klauseln nichtig seien, *wenn* sie den Vertragspartner unangemessen benachteiligten; andererseits ist in § 6 Abs. 2 AGBG davon die Rede, daß die gesetzlichen Vorschriften eingriffen, *soweit* die Bestimmungen unwirksam seien.<sup>47</sup> Der Vorteil einer Reduktion wäre u. a. darin zu sehen, daß sich keine Unterschiede zur restriktiven Auslegung und zum Prinzip der Unzulässigkeit der Berufung auf eine (formale) Rechtsstellung ergäben.<sup>48</sup> Immerhin wollen auch die zitierten Vertreter der Totalnichtigkeitsthese Klauseln, die dem ausdrücklichen Wortlaut des § 11 Nr. 3 AGBG widersprechen, durch restriktive Auslegung vor der Totalverwerfung retten, wenn der Verwender nicht an diesen Fall gedacht hat.<sup>49</sup> Soll aber auch bei einem Verstoß gegen den ausdrücklichen Wortlaut eines Klauselverbots einschränkende Auslegung möglich sein, verschwimmen die Kriterien, die einen solchen Unterschied in den Rechtsfolgen legitimieren könnten, zumal jedem Verwender die Behauptung möglich ist, er habe das ausdrücklich geregelte Verbot nicht gekannt. Totalnichtigkeit kann ferner zu einer Disproportionalität der Rechtsfolgen führen, deren Verhältnismäßigkeit zur Schwere des Verstoßes nicht gewährleistet ist. Schließlich wirkt sich

<sup>43</sup> Vgl. oben § 6 I 3 a (1).

<sup>44</sup> Vgl. oben § 6 I 4 b, insbes. Fn. 116.

<sup>45</sup> BGHZ 77, 79, 81 ff.

<sup>46</sup> BGHZ 64, 238, 242; gegen die Annahme eines Strafcharakters der Inhaltskontrolle außer den in Fn. 7 Genannten auch *Eike Schmidt* JA 1980, 402.

<sup>47</sup> Zur Untauglichkeit des Wortlautarguments vgl. *Götz* NJW 1978, 2224; *Eike Schmidt* JA 1980, 403.

<sup>48</sup> Vgl. oben §§ 6 I 4, 7 I 1.

<sup>49</sup> *Staudinger/Schlosser* § 6, 17 a.



die gänzliche Verwerfung nur zugunsten des Kunden aus, dessen Rechte im konkreten Fall nach der Regelung des AGBG beschnitten werden konnten, etwa weil der Verwender nur leicht fahrlässig gehandelt hatte. Dagegen erhält der nach der Konzeption des Gesetzes zu schützende Verwendungsgegner, dessen Rechte durch die Klausel gesetzwidrig eingeschränkt wurden, da z. B. Vorsatz des Verwenders vorliegt, aber jedenfalls nicht mehr, als ihm an Rechten zusteht. Die Präventionsfunktion führt also zu einer Besserstellung von Kunden, die durch die jeweiligen rechtswidrigen Klauseln gar nicht beeinträchtigt waren.<sup>50</sup>

In kaum lösbare Schwierigkeiten kommen die Befürworter der Totalnichtigkeit im Falle eines Verstoßes gegen § 11 Nr. 12 AGBG, soweit eine gesetzliche Regelung der Kündigungsfristen fehlt – also z. B. bei Warenlieferungsverträgen. Hier wird zum Teil die Nichtigkeitsfolge mit der Möglichkeit der sofortigen Lösungsmöglichkeit vom Vertrag abgelehnt, der Ausweg in einer ergänzenden Vertragsauslegung gesucht.<sup>51</sup> Geht man in diesem Zusammenhang von den allgemeinen Regeln aus, wonach auch eine nichtige Bestimmung die Basis der ergänzenden Auslegung sein kann,<sup>52</sup> so führt das wie bei der Interpretation von Wertsicherungsklauseln zur Aufrechterhaltung, soweit diese gesetzlich möglich ist – also zu den in § 11 Nr. 12 AGBG vorgesehenen Höchstfristen. Auch die h. M. muß daher in einigen Fällen de facto zur Teilnichtigkeit gelangen. Dann fehlt es aber an überzeugenden Gründen, bei Verstößen gegen andere Klauselverbote Totalnichtigkeit zu postulieren.

(2) Zur Klärung der Frage muß man von der Gesamtregelung des AGBG ausgehen. Hierbei zeigt sich, daß Totalnichtigkeit nicht aufgrund des Straf- oder des Präventionsgedankens gerechtfertigt werden kann.

(a) Im abstrakten Unterlassungsverfahren kann jedenfalls bei ausdifferenzierten Klauseln entgegen der insoweit ganz h. M.<sup>53</sup> die Folge eines partiellen Gesetzesverstoßes nicht Totalnichtigkeit sein. Hat etwa ein Verwender in seinen AGB niedergelegt, er hafte nicht für vorsätzliche, grob fahrlässige und leicht fahrlässige Vertragsverletzung, so wäre die Konsequenz einer Totalnichtigkeitsklärung dieser Klausel, daß es dem Verwender verwehrt wäre, in späteren Fassungen eine gesetzeskonforme Regelung – Haftungsausschluß bei leichter Fahrlässigkeit – seinen Verträgen zugrunde zu legen. Denn insoweit stünde die Rechtskraft des Unterlassungsurteils entgegen.<sup>54</sup> Das gilt unabhängig davon, ob man annimmt, die Feststellung der sach-

<sup>50</sup> Vgl. oben b; Kötz NJW 1979, 788; Locher S. 60; ähnlich *Johannson* BB 1981, 833.

<sup>51</sup> *Staudinger/Schlosser* § 11 Nr. 12, 23. Dasselbe Ergebnis erzielen OLG Frankfurt/Kassel NJW 1981, 2760, 2761 und MünchKomm/Kötz AGBG § 11, 136 durch Reduktion; a. A. OLG Hamm NJW 1982, 283 f.; jetzt auch BGH WM 1982, 871, 873, freilich ohne Auseinandersetzung mit BGH NJW 1982, 870, 872; 1982, 1747, 1748 (vgl. dazu § 6 Fn. 188).

<sup>52</sup> Vgl. oben § 6 II 1 a mit Fn. 175.

<sup>53</sup> Vgl. z. B. *Palandt/Heinrichs* AGBG § 13, 2b; § 15, 2b cc; *Löwe* § 15, 4; *Koch/Stübing* § 17, 4; *Sonnenschein* NJW 1980, 1720; OLG Frankfurt NJW 1981, 130; OLG Karlsruhe NJW 1981, 405, 407 mit zustimmender Anm. *Micklitz* NJW 1981, 408; OLG Düsseldorf BB 1980, 388; differenzierend MünchKomm/Gerlach AGBG § 13, 18; *Hensen* 17, 13 ff.; *Eike Schmidt* JA 1980, 405; vgl. aber BGH NJW 1982, 178, 181 und dazu schon Fn. 41.

<sup>54</sup> *Staudinger/Schlosser* § 19, 2; MünchKomm/Gerlach AGBG § 15, 16; implizit auch *Hensen* § 15, 37 f.

lichen Rechtswidrigkeit des verbotenen Tuns erwachse in Rechtskraft, oder ob man eine solche Erweiterung ablehnt.<sup>55</sup> Denn jedenfalls steht außer Zweifel, daß die Verwendung entsprechender Klauseln gegen den Tenor verstößt, der zur Unterlassung der gesamten Klausel verpflichtet.<sup>56</sup>

Dieses Ergebnis ließe sich nur dadurch umgehen, daß im Urteil die Pflicht zur Unterlassung des nicht gesetzwidrigen Teils der Klausel nur für den Fall der Kopplung mit dem rechtswidrigen Teil ausgesprochen wird.<sup>57</sup> Abgesehen von der Ungeöhnlichkeit eines solchen bedingten Urteils spricht aber entscheidend gegen diese Ansicht, daß das Vollstreckungsgericht den Verwender zur Unterlassung einer Klausel anhalten müßte, obwohl dieser dann einen Teil sofort wieder verwenden dürfte. Im Endeffekt könnte somit eben doch nur die Unterlassung des rechtswidrigen Teils erzwungen werden. Das wird besonders deutlich beim Widerruf. Der Empfehler müßte die ganze Klausel widerrufen, könnte aber sofort einen Teil wieder empfehlen.

(b) Eine Totalverwerfung ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn man die Entscheidungsbefugnis des Gerichts auf die Klausel als ganze beschränkte und die Frage der Rechtswidrigkeit einzelner Teile nicht als rechtshängig ansähe. Das hätte freilich zur Konsequenz, daß der Verwender bei einer Verwerfung der Klausel einzelne Teile daraus selbst dann wieder verwenden könnte, wenn diese immer noch rechtswidrig sind. Hätte etwa das Gericht eine Bestimmung für totalnichtig erklärt, in der der Verwender seine Haftung für Vorsatz und jede Art von Fahrlässigkeit ausgeschlossen hatte, so wäre bei einer Beschränkung des Streitgegenstands im oben angebotenen Sinn der Verwender durch die rechtskräftige Entscheidung nicht gehindert, nunmehr die Haftung für grobe und einfache Fahrlässigkeit abzugeben. Schon dieses Beispiel zeigt, daß eine solche Festlegung des Streitgegenstands kaum sinnvoll sein dürfte, insbesondere dem Zweck des AGBG zuwiderliefe. Die Lösung widerspräche auch der ansonsten unbestrittenen Möglichkeit, dem Begehren des Klägers teilweise stattzugeben.<sup>58</sup> Schließlich wäre eine Festlegung des Umfangs der Klausel als Streitgegenstand sinnvollerweise nur nach materiellen Kriterien möglich, will man nicht den besonders geschickten Verwender prämiieren. Dann aber stellt sich die Frage, nach welchen Gesichtspunkten eine solche Abgrenzung zu treffen wäre. Der Klauselkatalog der §§ 10 f. AGBG selbst gibt dazu keine hinreichend klaren Anhaltspunkte. Die Regelungsbereiche von § 11 Nr. 7 und § 11 Nr. 11 AGBG überschneiden sich;<sup>58a</sup> dennoch dürfte es kaum angebracht sein, beispielsweise „Haftungsfragen“ als einen materiellen Regelungsbereich aufzufassen und bei partiellem Verstoß alle Bestimmungen dieser Materie in den AGB für nichtig zu erklären.

<sup>55</sup> Vgl. statt aller *Rosenberg/Schwab* § 155 III 1; MünchKomm/*Gerlach* AGBG § 21, 3 jeweils mwN.

<sup>56</sup> Vgl. zur Rechtskraft bei Unterlassungsurteilen z. B. *Stein/Jonas/Schumann/Leipold* § 322 VI 6 a d; speziell zu §§ 13 ff. AGBG *Reinel* S. 70 f.

<sup>57</sup> So wohl OLG Düsseldorf BB 1980, 388.

<sup>58</sup> Vgl. statt aller *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* § 308, 1 B.

<sup>58a</sup> Vgl. auch Fn. 23.

(c) Unter dem Aspekt des *Straf- und Präventionsgedankens* kann es aber keinen Unterschied machen, ob die teilweise rechtswidrige Klausel in einem Punkt enthalten oder differenziert ausgestaltet ist. Eine solche Abgrenzung würde nur den arglistigen Verwender prämiieren, der geschickt genug ist, rechtswidrige und rechtmäßige Klauselbestandteile formell sorgfältig voneinander zu scheiden.

Als das ausschlaggebende Kriterium erweist sich damit die Transparenz. Unter diesem Aspekt allerdings läßt sich sagen, daß der Verwender ausdifferenzierter Klauseln zu bevorzugen ist, da er das Gericht nicht als seinen Erfüllungsgehilfen mißbraucht. Das stimmt überein mit der vorher im Rahmen der ergänzenden Auslegung dargestellten Rechtsprechung, die es ablehnt, den eben noch gesetzmäßigen Inhalt einer Abrede zu ermitteln.<sup>59</sup> Hat dagegen der Verwender dies geleistet,<sup>60</sup> so bestehen unter dem Aspekt der Transparenz keine Bedenken, die Klausel in der vorformulierten Fassung als gültig zu betrachten. Gegen diese Lösung sprechen auch nicht die vorher zur Rechtskraft angestellten Überlegungen. Denn der anhand des Schutzzwecks des AGBG unter Berücksichtigung der Kerntheorie<sup>61</sup> auszulegende Urteilstenor verbietet eben nur die Klausel in der dem ersten Prozeß zugrundeliegenden undifferenzierten Fassung, nicht jedoch die Aufstellung einer dem Gesetz entsprechenden Regelung.<sup>62, 63</sup>

<sup>59</sup> Vgl. oben § 6 II 3 a mit Fn. 185; a. A. (Reduktion nur bei Verstoß gegen § 9 AGBG) *Johannson* BB 1981, 734; *Capelle/Canaris* § 15 I 3 c.

<sup>60</sup> Vgl. OLG Hamm NJW 1981, 1049, 1050; das Urteil ist im Endeffekt wegen des Fehlens der Vorregelung richtig.

<sup>61</sup> Vgl. dazu statt aller MünchKomm/Gerlach AGBG § 17, 4; *Staudinger/Schlosser* § 17, 2.

<sup>62</sup> Streitgegenstand der Unterlassungsklage ist also die Frage, ob die Verwendung der Klausel in ihrer konkreten Gestalt unterlassen werden muß. Hat der Verwender die Klausel aufgespalten, so muß dies auch in den Anträgen des klagenden Verbandes berücksichtigt werden; dasselbe gilt, wenn sich die Aufspaltung aus dem Gesetz ergibt (vgl. dazu den Tatbestand von BGHZ 77, 79, 80). Der Verband kann freilich auch bei undifferenzierten Klauseln den Streitgegenstand durch seinen Antrag so gestalten, daß das Verbot der Verwendung einer Klausel (nur) in einem gewissen Ausmaß begehrt wird; vgl. *Koch/Stübing* § 17, 4; *Staudinger/Schlosser* § 17, 2.

<sup>63</sup> Im Ergebnis ebenso *Staudinger/Schlosser* § 6, 14 iVm. § 17, 2, demzufolge lediglich die Unwirksamkeit der Bestimmung, so wie sie gebraucht wird, ausgesprochen wird; das gilt allerdings nur bei nicht ausdifferenzierten Klauseln (vgl. das Beispiel einer Fristklausel bei *Staudinger/Schlosser* aaO.).

BGH NJW 1980, 831, 832 erklärt eine Klausel, die den Ausschluß der Gewährleistungsrechte bei Eingreifen des Käufers oder eines Dritten vorsah, für insgesamt nichtig, betont aber zugleich, die Frage, ob der Wegfall der Gewährleistungsrechte an die Vornahme eines vergeblichen Reparaturversuches durch den Kunden geknüpft werden dürfe, sei nicht Gegenstand des Verfahrens. Wäre eine solche Klausel ebenfalls in den AGB gestanden, hätte sie folglich nicht nur deshalb für unwirksam erklärt werden dürfen, weil die andere Bestimmung gegen das Gesetz verstieß.

Ähnliches gilt für BGH NJW 1980, 2518, 2519, wo ebenfalls nur die konkrete Gestaltung der Preiserhöhungsklausel verworfen wurde.

BGH NJW 1982, 331, 332 betrifft insofern einen Sonderfall, jedenfalls wenn man die Ansicht vertritt, daß bloße Nichtigerklärung der Tagespreisklausel in einem Individualstreit nicht in Frage gekommen wäre (vgl. *Löwe* BB 1982, 156 f., der zu einer teilweisen Erhöhung des vereinbarten Kaufpreises im jeweiligen Einzelfall über die Grundsätze des Wegfalls der

Gemäß der Gesamttendenz des ABGB<sup>64</sup> sind allerdings die Anforderungen an die Transparenz der Vorregelung durch den Verwender streng zu handhaben. Es muß sich klar ergeben, was jeweils gelten soll, wenn eine Klausel partiell nichtig ist. Freilich ist hier eine Erweiterung zu machen. Die Vorregelung kann auch aus dem Gesetz selbst ersichtlich sein. Soweit dieses eine exakte Grenze zieht, kann die Reduktion auf der dadurch aufgezeigten Linie vorgenommen werden.<sup>65, 66</sup> Andererseits kann auch das ABGB – etwa in §§ 10 Nr. 3, 11 Nr. 10b – vorschreiben, daß gewisse Hinweise in die Bedingungen aufgenommen werden müssen. Fehlt eine solche Klarstellung, so ist die Klausel schon deswegen nicht aufrechtzuerhalten.<sup>67</sup>

(3) Damit ist freilich die Übernahme der geschilderten Grundsätze auf den Individualprozeß nicht von vornherein unproblematisch, wenn auch einiges dafür spricht, die beiden Verfahrensarten in dieser Hinsicht gleich zu behandeln.<sup>68</sup> Hier wäre die Präventionsfunktion aber wenigstens ein gewichtiger Ansatz.

Von der Konzeption des Gesetzes her ist allerdings zur Verhinderung rechtswidriger Klauseln in AGB das abstrakte Unterlassungsverfahren vorgesehen.<sup>69</sup> Das heißt zwar nicht, daß daneben nicht Prävention durch die Totalnichtigklärung ihren Platz haben könnte. Entscheidender Gesichtspunkt ist aber in diesem Zusammenhang die Regelung des § 21 Satz 1 ABGB, der die Breitenwirkung der Urteile nach §§ 13 ff. ABGB gewährleisten soll.<sup>70</sup> Ob es sich um eine Rechtskrafterstreckung<sup>71</sup> oder um eine neuartige materiell-rechtliche Schutznorm<sup>72</sup> handelt, mag im hier interessierenden Zusammenhang dahinstehen. Jedenfalls kann sich der Kunde nach § 21 Satz 1 ABGB bei ausdifferenzierten Klauseln nur auf deren Teilnichtig-

---

Geschäftsgrundlage kommt; *Kötz* BB 1982, 645 f., der dem Verwender ein Bestimmungsrecht nach §§ 315 f. BGB geben will; *Ulmer* BB 1982, 1130 f., der den Preis mittels ergänzender Vertragsauslegung ermitteln will). Freilich dürfte dann die Handhabung des BGH für den Kunden wenig nützlich sein. Entgegen dem Zweck der §§ 13 ff. ABGB ist ihm nämlich nicht klar, inwieweit Preiserhöhungen in concreto zulässig sind.

<sup>64</sup> Vgl. nur §§ 3, 5 ABGB und genauer unten § 20 II 2.

<sup>65</sup> Vgl. dazu schon § 8 I 1 c a. E. und genauer unten § 20 I 1, II 2 a (1).

<sup>66</sup> In der Berücksichtigung der gesetzlichen Vorregelung liegt ein Hauptunterschied zu *Eike Schmidt* JA 1980, 401 ff. und *Ulmer* NJW 1981, 2025 ff. Der zweite besteht darin, daß es nach der hier vertretenen Konzeption nicht formal auf die Streichbarkeit einzelner Worte ankommt, sondern darauf, ob nach dem Gesamtzusammenhang – also auch unter Zuhilfenahme weiterer Kriterien – hinreichend klar ist, welchen Inhalt die gesetzeskonforme Fassung der Abrede hat.

<sup>67</sup> Vgl. MünchKomm/Kötz ABGB § 11, 90; *ders.* NJW 1979, 788; *Hensen* § 11 Nr. 10, 34; *von Westphalen* § 11 Nr. 10b, 3.

<sup>68</sup> So auch *Palandt/Heinrichs* ABGB vor § 8, 3b; *Eike Schmidt* JA 1980, 415; *Ulmer* NJW 1981, 2029; *Löwe* BB 1982, 153, allerdings jeweils vom Standpunkt der Totalnichtigkeit aus; a. A. MünchKomm/Kötz Nachtrag ABGB § 6, 8–12.

<sup>69</sup> MünchKomm/Gerlach ABGB § 13, 4; *Staudinger/Schlosser* Einl. 15; § 13, 1; *Löwe* vor § 13, 10; Bericht des Rechtsausschusses zu § 13 ABGB, zit. nach *Dietlein/Rebmann* Anh. vor § 13.

<sup>70</sup> Vgl. statt aller MünchKomm/Gerlach ABGB § 21, 1. Da die Klausel je nach Kundenkreis unterschiedlich zu beurteilen sein kann (vgl. BGH NJW 1981, 280, 281), ist auch die Breitenwirkung differenziert zu betrachten.

<sup>71</sup> So z. B. MünchKomm/Gerlach ABGB § 21, 3f.

<sup>72</sup> So z. B. *Reinel* S. 87 mit umfangreicher Darstellung des Streitstandes S. 75 ff.

keit berufen, da im abstrakten Unterlassungsverfahren nur diese ausgesprochen werden kann.

Es wäre ein merkwürdiges Ergebnis, wenn sich diese vom Gesetz vorgesehene generalisierende Wirkung eines Urteils nach §§ 13 ff. AGBG dahin auswirken würde, daß der Kunde durch die Berufung auf die Teilnichtigkeit nach § 21 Satz 1 AGBG schlechter stünde, als wenn die Klausel nach den allgemeinen Regeln geprüft und eventuell total verworfen würde. Soll nämlich über § 21 Satz 1 AGBG das Ergebnis des abstrakten Unterlassungsverfahrens auch anderen Kunden zugute kommen, so läßt dies auf die Absicht des Gesetzgebers schließen, den Schutz der Kunden auch und gerade über dieses Institut sicherzustellen.<sup>73</sup>

Methodisch gesehen handelt es sich hier wohl um eine Festlegung durch den Gesetzgeber, auf welchem Weg das Ziel eines Gesetzes erreicht werden soll. In Anlehnung an *Steindorff*<sup>74</sup> kann man von der „Politik des Gesetzes“ sprechen. *Steindorff* geht es allerdings bei der „Politik des Gesetzes“ nur um die Erreichung des gesetzgeberischen Zieles; das fällt weitgehend mit der teleologischen Interpretation zusammen.<sup>75</sup> Faßt man dagegen die „Politik des Gesetzes“ enger, nämlich als den vorgeschriebenen Weg zur Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks, so besteht durchaus ein Unterschied zur teleologischen Auslegung. Der Gesetzgeber hat dann nicht nur das Ziel, sondern auch das Mittel vorgegeben, eine Vorgehensweise, die auch in anderen Fällen bekannt ist. Im Rahmen des § 34 GWB beispielsweise ist anerkannt, daß das Gesetz einen bestimmten Weg zur Erreichung seines Ziels beschritten hat, Kartellbehörden und Gerichten die Überprüfung der Verträge im Hinblick auf § 18 GWB zu ermöglichen.<sup>76</sup>

(4) Unter diesem Aspekt ist auch die Frage der Vermeidung der Totalnichtigkeit durch salvatorische Klauseln zu sehen.<sup>77</sup> Fehlt hinreichende Transparenz im Klauselwerk und stellt auch das AGBG seinerseits keinen sicheren Maßstab zur Verfügung, welchen Inhalt die Abrede haben soll, so kann eine salvatorische Klausel nur dann die Totalnichtigkeit der einzelnen Abrede verhindern, wenn sich aus ihr der Inhalt der reduzierten Klausel ergibt. Nicht hinreichend ist somit in der Regel<sup>78</sup> eine Verweisung auf das „gesetzlich Zulässige“ oder eine inhaltlich ebenso unbestimmte Formulierung. Läßt sich dagegen mit genügender Bestimmtheit aus der salvatorischen Klausel entnehmen, welche Regelung an die Stelle der nichtigen Vereinbarung treten soll, so besteht zwischen ihr und einer ausdifferenzierten AGB-Abrede im Hinblick auf die Transparenz ohnehin kein sachlicher Unterschied mehr.

2. Die analoge Problematik bei individuell vereinbarten teilweise gesetzwidrigen Klauseln wird in der Regel nur wenig erörtert.

---

<sup>73</sup> Vgl. dazu auch *Canaris Bankrecht* Rdn. 2596.

<sup>74</sup> Festschrift für Larenz S. 229 ff. Inwieweit sich dieser Begriff mit dem der „policy“ deckt, mag hier dahinstehen, vgl. dazu *Steindorff* aaO. S. 222 ff.

<sup>75</sup> Larenz Methodenlehre S. 321 f.; wie *Steindorff* aber wohl *Ulmer* NJW 1981, 2028.

<sup>76</sup> BGH NJW 1980, 1529, 1530.

<sup>77</sup> Vgl. dazu oben § 6 I 4 e.

<sup>78</sup> Vgl. genauer unten § 20 II 2 a (3).

a) Schon der Wortlaut mancher Normen des zwingenden Rechts legt es nahe, die Verwerfung auf die Reichweite des Verstoßes zu beschränken. So sprechen §§ 443, 476, 540, 637 BGB davon, daß der Haftungsausschluß nichtig sei, wenn der andere Vertragsteil den Mangel arglistig verschweige. Daraus folgert denn auch die h. M., daß trotz arglistigen Verschweigens eines Mangels die Haftungserleichterung wirksam sei, wenn die Sache einen anderen, dem Verkäufer unbekannten Fehler habe.<sup>79</sup>

b) Andere gesetzliche Vorschriften sind, was die hier interessierende Problematik betrifft, nicht so klar gefaßt. Beispielsweise ordnet § 276 Abs. 2 BGB nicht an, was die Rechtsfolge des Verstoßes gegen das Verbot des Haftungsausschlusses für Vorsatz sein soll. Dennoch scheint Übereinstimmung darin zu herrschen, daß der Haftungsausschluß nur insoweit unzulässig ist, als die Haftung für Vorsatz erlassen wird.<sup>80</sup> Dieses Ergebnis liegt schon deswegen nahe, weil die Unterschiede in der Formulierung gegenüber §§ 443, 476, 540, 637 BGB keine ausschlaggebende Bedeutung besitzen und die zugrundeliegende Interessenlage insoweit keine abweichende Beurteilung erfordert.<sup>81, 82</sup>

c) Die Beschränkung der Nichtigkeit innerhalb einer Abrede auf den gesetzwidrigen Teil ist sogar bei teilweisem Verstoß gegen Normen angenommen worden, bei denen der Wortlaut die Gültigkeit der Klausel von der Vereinbarung mehrerer Voraussetzungen abhängig macht, selbst wenn also diese Voraussetzungen von den Parteien nicht vollständig erfüllt wurden. Das RG hat eine Verfallklausel, die die Verwirkung nur an die Nichtleistung zweier aufeinander folgender Raten knüpfte, nicht jedoch eine bestimmte Höhe des nicht bezahlten Betrages vorsah, nur als nichtig erachtet, soweit sie die gesetzlichen Grenzen des § 4 Abs. 2 AbzG überschritt; mit diesem Inhalt sei sie dagegen zulässig. Die Norm besitze nämlich keinen Strafcharakter. Die gefundene Lösung stimme sowohl mit der Absicht des Gesetzes als auch mit dem regelmäßigen Willen der Vertragsparteien überein, da der Käufer mit der weitergehenden vertraglichen Verbindlichkeit auch die beschränkte, nach dem Gesetz zulässige, übernommen habe. Das könne dem Verbotsgesetz auch im

<sup>79</sup> RG SeuffArch 59 Nr. 75; RGZ 62, 122, 123 ff.; Palandt/Thomas § 637, 1b; Palandt/Putzo § 443, 1; § 476, 3a; Erman/Weitnauer § 443, 5; § 476, 1; Erman/Seiler § 637, 16; RGRK/Mezger § 476, 5; RGRK/Glanzmann § 637, 3; Soergel/Siebert/Ballerstedt § 443, 4; Soergel/Mühl § 637, 1; MünchKomm/H. P. Westermann § 443, 3; § 476, 19; MünchKomm/Soergel § 637, 10; Staudinger/Köhler § 443, 4; Staudinger/Honsell § 476, 9; Staudinger/Emmerich § 540, 9 (alle Literaturstellen unter kritikloser Zitierung von RGZ aaO.).

<sup>80</sup> So wohl Erman/Battes § 276, 73; MünchKomm/Hanau § 276, 183; Brox Schuldrecht AT Rdn. 217.

<sup>81</sup> Vgl. Staudinger/Löwisch § 276, 63, der die Verwandtschaft der Normen betont.

<sup>82</sup> Hierher gehören auch die Gratifikationszusagen, mit denen der Arbeitgeber eine Kündigungsbeschränkung verbindet; vgl. z. B. BAG NJW 1979, 1221 mwN.; auch diese sind bei zu langer Bindungsdauer nur teilweise nichtig. Das erklärt sich schon daraus, daß sonst auch die – im Synallagma stehende (vgl. BAG NJW 1979, 1221, 1222) – Gratifikation entfielen – was nach den Grundsätzen der h. M. zu § 138 BGB konsequent wäre, aber den Arbeitnehmer wegen des ihn schützenden Verbots zu langer Bindung insoweit rechtlos stellen würde; vgl. dazu Pierer von Esch S. 58 Fn. 38.

Weg der Auslegung entnommen werden.<sup>83</sup> De facto hat das Gericht die Abrede trotz des entgegenstehenden Wortlauts des Gesetzes<sup>84</sup> in gesetzeskonformem Umfang ergänzt.

Verbindet man diesen Gedanken mit dem Schutzzweck der Norm, so läßt sich auch die Kontroverse lösen, die bei § 74 Abs. 2 HGB entstanden ist. Die Rechtsprechung hält hier nach wie vor bei einer dieser Norm widersprechenden Abrede nicht das im Gesetz vorgesehene Entgelt für geschuldet; der Handlungsgehilfe könne jedoch nach § 75d HGB den Prinzipal an der (niedrigeren) Vereinbarung festhalten.<sup>85</sup> Das befriedigt nicht, wenn der Handlungsgehilfe das Verbot beachtet hat, da er dann entgegen der gesetzlichen Vorschrift eine zu geringe Entschädigung bekommt.<sup>86</sup> Die Gegenvorschläge wollen dem durch die Annahme einer Lücke wegen eines Verstoßes gegen Art. 3 GG infolge der Ungleichbehandlung mit dem Recht des Handelsvertreters und die analoge Anwendung des § 90a Abs. 1 Satz 3 HGB abhelfen; allerdings soll nach der Wertung des § 74 Abs. 2 HGB die Hälfte des vorher bezogenen Gehalts geschuldet sein.<sup>87</sup> Andere befürworten eine Rechtsfortbildung praeter legem.<sup>88</sup> Geht man vom Schutzzweck des § 74 Abs. 2 HGB aus, so läßt sich dieses Ergebnis mittels gesetzeskonformer Teilnichtigkeitsklärung erreichen. Dem Bedürfnis des Handlungsgehilfen ist nur durch eine Aufrechterhaltung der Karenzvereinbarung mit der gesetzlich geforderten Mindestentschädigung ge-

<sup>83</sup> RGZ 64, 92, 94f.; wohl auch RGZ 136, 137, 140f.; zustimmend *Erman/Weitnauer/Klingsporn* AbzG § 4, 28; *MünchKomm/H. P. Westermann* AbzG § 4, 16; *Soergel/Hefermehl* § 134, 31; *Ostler/Weidner* § 4, 80 mwN.; *von Tuhr* II 1 § 51 Fn. 49.

<sup>84</sup> Von RGZ 64, 92, 94 ausdrücklich eingeräumt; vgl. zur hier vorgeschlagenen Lösung unten § 18 I 2.

<sup>85</sup> RAGE 14, 143, 148; 25, 69, 72ff. mit der Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit (auf letztere könne sich der Arbeitnehmer, nicht dagegen der Arbeitgeber berufen); RG DR 1941, 2014, 2015; BAG AP Nr. 1 (mit zustimmender Anm. *A. Hueck*), 10, 19, 27, 29, 36 (unter Aufgabe von 26), 37 zu § 74 HGB; WM 1982, 247; *Schlegelberger/Schröder* § 74, 12; *Großkomm/Würdinger* § 74, 7.

<sup>86</sup> Vgl. *Schlegelberger/Schröder* § 74, 12; *Großkomm/Würdinger* § 74, 7; aber auch BAG AP Nr. 36 zu § 74 HGB.

<sup>87</sup> *Canaris* SAE 1973, 68; abgelehnt von BAG AP Nr. 32, 36 zu § 74 HGB, da die differenzierende Gestaltung wegen der Unterschiede zwischen Handelsvertretern und Handlungsgehilfen im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liege. Dem BAG zustimmend *Grunsky* Festschrift für das BAG S. 160. Die Lösung Grunsky (c.i.c. bzw. bereicherungsrechtliche Abwicklung) leidet allerdings daran, daß sie im Ergebnis zu ähnlichen Resultaten führt wie das allgemein abgelehnte bedingte Wettbewerbsverbot (ablehnend z. B. auch *Grunsky* S. 154f.). Kann der Arbeitgeber sich durch Mitteilung an den Arbeitnehmer, das Wettbewerbsverbot sei unwirksam, von der Zahlung weiterer Karenzentschädigung befreien (nach *Grunsky* S. 167 besteht wegen § 814 BGB der Bereicherungsanspruch nur bis zu diesem Augenblick), so steht jenem im Ergebnis jedenfalls gegenüber gutgläubigen Arbeitnehmern das Wahlrecht zwischen der Einhaltung des Wettbewerbsverbots und der Freistellung des Arbeitnehmers zu. Gegen eine Erfüllungshaftung über c.i.c., falls der Arbeitnehmer erfolgreich auf dem Wettbewerbsverbot bestanden hätte, bestehen wegen des Erfordernisses der Gutgläubigkeit zudem hier dieselben Bedenken wie gegen eine Erfüllungshaftung kraft Erwirkung in Fällen, in denen die Norm dem Schutz einer Partei dient (vgl. dazu unten § 12 II 3).

<sup>88</sup> *Buchner* Anm. zu BAG AP Nr. 26 zu § 74 HGB; abgelehnt in BAG AP Nr. 27 (unter I 2b), 29 (unter I 2) zu § 74 HGB.

dient. Dagegen sollte man dem Wortlaut des § 74 Abs. 2 HGB keine ausschlaggebende Bedeutung beimessen. So hat denn auch das BAG eine Pauschalverweisung auf §§ 74 ff. HGB im Rahmen eines Wettbewerbsverbots als Vereinbarung einer Karenzentschädigung in der von § 74 Abs. 2 HGB geforderten Höhe verstanden.<sup>89</sup> Freilich ist nach der Wertung des § 75 d HGB dem Handlungsgehilfen vor Beginn der Karenzzeit ein Wahlrecht einzuräumen, ob er sich an das Verbot halten will oder nicht.<sup>90</sup> Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen kann allenfalls für den Fall anerkannt werden, daß dieses Ergebnis für den Prinzipal eine unzumutbare Härte darstellen würde.<sup>91</sup>

## II. Schicksal des Rechtsgeschäfts als Ganzem

Das Schicksal des Rechtsgeschäfts als Ganzem ist durch § 139 BGB nur scheinbar erschöpfend geregelt. Jedenfalls hat sich eine Vielzahl von Fallgruppen herausgebildet, in denen ohne Rückgriff auf diese Norm schon wegen des Charakters des Verbotsgesetzes das Geschäft im übrigen aufrechterhalten wird.

1. a) Eine gesetzliche Normierung hat die Teilnichtigkeit durch § 6 Abs. 1 AGBG erfahren; allerdings sieht § 6 Abs. 3 AGBG eine Ausnahme vor, wenn das Festhalten am Vertrag eine unzumutbare Härte darstellt. Auch bei Fehlen einer solchen Härte<sup>92</sup> erfordert freilich die Aufrechterhaltung des Vertrages, daß der Torso in sich noch sinnvoll ist oder durch das Gesetz ergänzt werden kann. Nicht möglich ist es für den Richter dagegen, den Vertrag so zu vervollständigen, daß er ein ganz neues Gesicht bekommt.<sup>93</sup> Diese Ausnahme gilt aber wegen des Schutzzweckes des § 6 AGBG nur in engen Grenzen. Denn generell fordert das Kundeninteresse eine möglichst weitgehende Aufrechterhaltung, damit der Gegner des Verwenders vor der Gefahr der Rechtslosstellung gefeit ist. So kann Gesamtnichtigkeit nur dann eintreten, wenn sich weder aus der vertraglichen Abrede noch aus dem Gesetz ablesen läßt, welchen Inhalt der Vertrag haben soll.<sup>94</sup> Der entscheidende Gesichtspunkt ist somit auch hier der der Vorregelung. Ist diese durch privatautonome (gültige) Abrede erfolgt oder ergibt sie sich aus dem Gesetz, so kann der Richter den

<sup>89</sup> BAG AP Nr. 35 zu § 74 HGB; dazu *Gamillscheg* PdW Arbeitsrecht I Nr. 90.

<sup>90</sup> Vgl. BAG AP Nr. 36 zu § 74 HGB.

<sup>91</sup> Vgl. dazu genauer unten § 18 II 5.

<sup>92</sup> MünchKomm/Kötz AGBG § 6, 22 Fn. 8; *Palandt/Heinrichs* AGBG § 6, 4; *Erman/H. Hefermehl* AGBG § 6, 16; *Löwe* § 6, 13; *Dietlein/Rebmann* § 6, 6 sehen den Fall der fehlenden Regelung als Anwendungsbeispiel der unzumutbaren Härte; dagegen *Koch/Stübing* § 6, 14; *Stein* § 6, 16.

<sup>93</sup> BGHZ 51, 55, 58; BGH NJW 1970, 29, 30; 1971, 1034, 1035 mit Anm. *Schmidt-Salzer*; 1972, 1227, 1229; 1977, 195, 196; DB 1973, 517, 518; WM 1977, 473, 476; LM Nr. 16 zu § 138 (Bc) BGB; BB 1978, 636, 637; OLG Bamberg NJW 1973, 1993, 1994; zustimmend *Staudinger/Schlosser* § 6, 22; *Koch/Stübing* § 6, 14; *Ulmer* § 6, 10; *Stein* § 6, 16; *Schmidt-Salzer* F 64.

<sup>94</sup> Vgl. z. B. BGHZ 71, 196, 204; BGH NJW 1971, 1034, 1035; 1972, 1227, 1228; 1977, 195, 196; 1979, 805, 807; DB 1973, 517, 518; WM 1977, 473, 477; BB 1978, 636, 637; *Soergel/Hefermehl* § 138, 94; vgl. auch AG München ZMR 1973, 112, 114: Gültigkeit eines gegen § 242 verstößenden Mietvertrages nach den gesetzlichen Vorschriften.



Vertrag nach Maßgabe dieser Vorregelung aufrechterhalten. Denn damit ist eine „Reserveordnung“ vorgesehen, die den Vertrag vor Unvollständigkeit und damit vor Totalnichtigkeit bewahrt.

b) Unter wesentlich engeren Voraussetzungen ist die Aufrechterhaltung des restlichen Geschäfts nach §§ 19 Abs. 2, 22 Abs. 5 GWB möglich. Auch hier ist es aber entgegen dem Wortlaut des § 139 BGB nicht erforderlich, daß der hypothetische Parteiwille für die Aufrechterhaltung spricht.<sup>95</sup>

2. Insbesondere kann sich aber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung aus dem Zweck der Nichtigkeitsnorm ergeben, daß die Gültigkeit des Vertrages im übrigen nicht berührt werden soll.

a) Es würde beispielsweise gerade dem Schutz des Gläubigers widersprechen, wie er in § 276 Abs. 2 BGB vorgesehen ist, wenn Folge eines Verstoßes gegen diese Norm Totalnichtigkeit wäre.<sup>96, 97</sup> Die Unabdingbarkeit der Mieterschutzvorschriften – insbesondere was die Voraussetzungen einer Kündigung anbelangt – würde sich gegen den Mieter kehren, wenn der Vermieter geltend machen könnte, ohne den Ausschluß des Kündigungsschutzes hätte er den Vertrag nicht abgeschlossen; er sei zur Gänze nichtig, somit könne er den Wohnraum sofort herausverlangen.<sup>98</sup> In all diesen Fällen ergibt sich aus dem Verbotsgesetz, daß die gegen zwingende gesetzliche Regelungen verstoßenden Einzelvereinbarungen die Rechtswirksamkeit des Vertrages im Ganzen nicht in Frage stellen sollen; der Vertrag erhält grundsätzlich einen diesen zwingenden Normen entsprechenden Inhalt ohne Rücksicht auf den abweichenden Willen der Parteien.<sup>99, 100</sup>

---

<sup>95</sup> Schwartz in Gemeinschaftskommentar § 19, 15; Emmerich in Immenga/Mestmäcker GWB § 19, 46.

<sup>96</sup> Diese Frage wird in aller Regel bei § 139 BGB erörtert. Systematisch korrekter ist es, sie beim Umfang der Nichtigkeit aufgrund des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz anzusiedeln, vgl. unten § 14 II.

<sup>97</sup> Palandt/Heinrichs § 139, 6b; Erman/Brox § 139, 7; Soergel/Hefermehl § 139, 49; Sandrock AcP 159, 505; vgl. auch MünchKomm/Mayer-Maly § 139, 2; Staudinger/Dilcher § 139, 32; Larenz AT § 23 II d, der hier von einer Vertragskorrektur spricht; anders Staudinger/Löwisch § 276, 65, der auch Totalnichtigkeit für möglich hält, freilich für den Regelfall von einem anderslautenden Willen beider Parteien ausgeht, was für die durch die Teilnichtigkeit benachteiligte Partei allerdings oft eine Fiktion sein dürfte. Gequält ist auch die Argumentation bei Dersch/Neumann BURLG § 13, 49, daß die Parteien den Vertrag „nach § 139 BGB im übrigen ebenso geschlossen hätten“ und insbesondere kein faktisches Arbeitsverhältnis gewollt hätten.

<sup>98</sup> Vgl. statt aller Staudinger/Sonnenschein § 556a, 98 mwN.; § 564b, 157; Barthelemess § 564b, 199.

<sup>99</sup> BGHZ 40, 335, 339; nach Staudinger/Sonnenschein § 556a, 98 und Barthelemess § 564b, 199 sollen anderslautende Klauseln im Vertrag beachtlich sein; das ist abzulehnen, vgl. unten § 19 I 3.

<sup>100</sup> Weitere Fälle: RGZ 146, 116, 118f: Aufrechterhaltung eines Dienstvertrages trotz Sittenwidrigkeit und Verstoßes eines Wettbewerbsverbotes gegen §§ 74 ff. HGB.

BAGE 1, 136, 139: Unzulässige Befristung eines Arbeitsvertrages führt nicht zur Totalnichtigkeit, da sonst der Schutzgedanke des Bestandsschutzes in sein Gegenteil verkehrt würde.

BAG BB 1959, 779: Ersetzung einer zu kurzen Kündigungsfrist durch die gesetzliche Mindestkündigungsfrist.

(Fortsetzung Seite 80)

b) Der Zweck der Norm kann neben dem Individualschutz auch allgemeine Interessen im Auge haben. Art. 48 Abs. 2 Satz 1 GG dient auch dem Schutz der Unabhängigkeit des Parlaments.<sup>101</sup> Dieser Schutz kann nur dadurch verwirklicht werden, daß entgegenstehende Abreden nichtig sind, jedoch die betreffenden Verträge im übrigen wirksam bleiben. Konsequent hat der BGH daher bei der Prüfung eines Gesellschaftsvertrages entschieden, der Vertrag sei unverbindlich, soweit er dem Abgeordneten für die Dauer seiner Zugehörigkeit zum Deutschen Bundestag die Verpflichtung auferlege, seine ganze Arbeitskraft der Geschäftsführung zu widmen.<sup>102</sup>

3. Aufgrund des Schutzzwecks der Norm kann freilich nicht nur bei Verstoß gegen ein Gesetz durch *Nebenabreden*, sondern auch bei teilweiser Kollision der *Hauptpflicht* mit höherrangigem Recht die Aufrechterhaltung des Vertrages in reduziertem Umfang notwendig sein.<sup>103</sup>

a) So ist die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall eine Hauptpflicht, da sie den Grundsatz des Synallagmas im Arbeitsrecht – ohne Arbeit kein Lohn – modifiziert.<sup>104</sup> Die Unabdingbarkeit dieser Pflicht ist schon in §§ 616 Abs. 2 Satz 1 BGB, 9 LFG statuiert, nach deren Regelung der Anspruch nicht durch Vertrag ausgeschlossen werden kann; daher stellt sich schon nach dem Wortlaut der Norm die Frage nicht, welche Folge eine Abdingung für den restlichen Vertrag hat.<sup>105</sup> Es kann aber keine Rolle spielen, ob eine solche gesetzliche Anordnung ausdrücklich getroffen ist, oder aber – wie in §§ 12 BerufsbildG, 48 Abs. 1 SeemannsG – sich aus dem

BGH NJW 1964, 1023, 1024 mwN.: Teilnichtigkeit eines Vertrages, in dem ein Verzicht auf Mieterschutzvorschriften vereinbart war.

BAG DB 1975, 1417, 1418 mwN.: Unanwendbar von § 139 BGB bei Verstoß gegen § 5 BBiG.

BGH NJW 1977, 1058, 1059 mwN.: Bei Verstoß gegen Normen des AbzG gilt Vertrag mit gesetzlich vorgesehenem Inhalt.

Vgl. zu den unübersehbaren weiteren Fällen z. B. MünchKomm/Schaub §§ 616, 37; § 619, 8 jeweils mwN.

<sup>101</sup> Vgl. Bonner Kommentar/von Arnim Art. 48, 12.

<sup>102</sup> BGHZ 43, 384, 387. Wenn das BVerfG (E 42, 312, 328) annimmt, daß der Arbeitgeber nicht verpflichtet sei, während der Zeit des Mandats den Lohn fortzuzahlen, und Bonner Kommentar/von Arnim Art. 48, 40 darauf aufbauend auch eine Kürzung mit Art. 48 Abs. 2 GG für vereinbar hält, so ändert das an der hier interessierenden Problematik nichts, da es hierbei lediglich um die Frage der Gegenleistung geht. Vgl. auch Flume I 1 § 2 V, § 10 II, der dieses Ergebnis mittels ergänzender Auslegung erreichen will.

<sup>103</sup> Vgl. dazu auch die Frage des Verstoßes gegen das Wucherverbot, dargestellt unten § 9 III und BGHZ 18, 341, 349, besprochen oben § 7 I 3.

<sup>104</sup> Vgl. statt aller MünchKomm/Schaub § 616, 1; ders. § 98 I 5. Hierbei soll es nach h. M. nicht auf die Frage ankommen, ob die Arbeit schon aufgenommen ist, da der Schutz des Arbeitnehmers schon vorher die Aufrechterhaltung fordere, vgl. Hueck/Nipperdey § 32 II 1, 3; Sandrock AcP 159, 508 jeweils mwN. Das steht im Widerspruch zu der Rechtsprechung zum Lohnwucher, die dort mit der Figur des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses arbeitet, vgl. unten § 9 III 3.

<sup>105</sup> Schaub § 98 VIII 1 geht daher problemlos davon aus, daß der Vertrag im übrigen bestehen bleibt; vgl. aber auch Fn. 106.

Zusammenhang erschließen läßt, daß entgegenstehende Abreden als nichtig zu erachten sind, was an sich zur Prüfung der Wirksamkeit des Geschäfts im übrigen führen müßte. Eine solche unterschiedliche Behandlung könnte durch nichts begründet werden. Unabhängig vom Wortlaut ist daher in diesen Fällen ohne weiteres von der Restgültigkeit des Vertrages auszugehen.<sup>106</sup>

b) Weitere Beispiele finden sich im Versicherungsrecht. In der Kraftfahrzeughaftpflichtversicherung sind die Tarife von den Aufsichtsbehörden genehmigt,<sup>107</sup> ihre Höhe ist also der Partevereinbarung entzogen.<sup>108</sup> Dennoch macht ein Verstoß gegen den Tarif nicht den gesamten Versicherungsvertrag nichtig; vielmehr tritt an die Stelle der unrichtigen Prämie der vom Tarif vorgesehene Betrag.<sup>109</sup> Das gilt nach der Rechtsprechung auch dann, wenn den Parteien ein Schuldvorwurf wegen der falschen Einstufung zu machen ist.<sup>110</sup> Andernfalls würde das mit der Bindung des Versicherers an bestimmte Tarife verfolgte öffentliche Interesse gerade verfehlt und der Versicherungsschutz entfallen; ein solches Ergebnis stünde im Gegensatz zu dem Schutzzweck des Gesetzes.<sup>111</sup>

Analoge Regeln gelten in anderen Bereichen. In § 22 Abs. 3 GüKG sind die geschilderten Grundsätze ausdrücklich kodifiziert;<sup>112</sup> auch § 2 Abs. 2 WoVermittG spricht nur vom Entfallen des Anspruchs, nicht aber des Vertrags.

c) In der Problematik unterscheidet sich davon nur wenig die Frage, welche Folgen ein Verstoß gegen eine Preisstoppverordnung nach sich zieht. Hier handelt es sich im Unterschied zu den soeben besprochenen Fällen freilich um Vorschriften, die lediglich die Überschreitung eines Höchstpreises verbieten, die Unterschreitung dagegen erlauben. Dennoch entsprechen sich die Ergebnisse. Die Rechtsprechung<sup>113</sup> und ihr folgend weite Teile der Literatur<sup>114</sup> sehen eine gesetzwidrige Abmachung

<sup>106</sup> BAG AP Nr. 11 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie mwN. nimmt bei einem Verstoß gegen § 63 Abs. 2 Satz 5 HGB Nichtigkeit der entsprechenden Abrede an, prüft daraufhin § 139 BGB, lehnt seine Anwendung aber wegen des Schutzzwecks der Norm ab; *Fenn* Anm. zu BAG aaO. mwN. erstreckt die Grundsätze des BAG auf alle zwingenden Schutznormen; ebenso jetzt BAG NJW 1982, 461, 462.

<sup>107</sup> *Prölss/Martin* vor AKB, 3.

<sup>108</sup> *Prölss/Martin* § 35, 2.

<sup>109</sup> OLG Koblenz VersR 1976, 977, 978f; LG Braunschweig NJW 1954, 1573, 1575 unter Berufung auf die Rechtsprechung zu den Höchstpreisvorschriften mit insoweit zustimmender Anm. *E. Prölss*; VersR 1978, 413; LG Freiburg VersR 1979, 537, 538; LG Karlsruhe VersR 1966, 866, 867; LG Hamburg VersR 1968, 461; *Palandt/Heinrichs* § 134, 3b bb; *Prölss/Martin* § 35, 2; *Bruck/Möller* § 22, 44.

<sup>110</sup> OLG Koblenz VersR 1976, 977, 979; a. A. *Bruck/Möller* § 22, 44.

<sup>111</sup> LG Karlsruhe VersR 1966, 866, 867.

<sup>112</sup> Vgl. dazu BGH LM Nr. 42 zu § 139 BGB.

<sup>113</sup> RGZ 88, 250, 252; 89, 196, 198; 97, 82, 84; 98, 293, 294f.; RG DR 1939, 1633, 1634; 1942, 1409, 1410; OGHZ 1, 72, 75f.; BGHSt 8, 221, 224f.; BGHZ 11, 90, 95; 36, 232, 237; 51, 174, 181; BGH DB 1956, 398 (2 Entsch.); LM Nr. 8 zu § 134 BGB; WM 1977, 345, 346; OLG Hamburg NJW 1947/48, 625; BVerwG ZMR 1956, 50, 51; grundsätzlich auch RGZ 166, 89, 95; 168, 91, 96f.; 168, 307, 313.

<sup>114</sup> *Palandt/Heinrichs* § 134, 3b bb; *Ermann/Brox* § 134, 44; *Soergel/Hefermehl* § 139, 51; § 134, 39; *Larenz* AT § 22 II; *Flume* II § 17 4; *Pierer von Esch* S. 98f. mwN.; *Sandrock* AcP 159, 508f.; *Bettermann* S. 27 kommt über Konversion zum selben Ergebnis.

nicht als totalnichtig an; vielmehr tritt der nach der Norm zulässige Höchstpreis an die Stelle des vertraglich vereinbarten Entgelts. Zur Begründung wird auf volkswirtschaftliche Interessen verwiesen. Beim Umsatz lebenswichtiger Güter komme es mehr auf die Wahrung des volkswirtschaftlich gerechtfertigten Preises als auf die Vernichtung des Geschäftes an,<sup>115</sup> der Grundsatz des § 139 BGB habe hinter dem Schutzzweck des Verbotsgesetzes zurückzutreten.<sup>116</sup>

Die diese Rechtsprechung ablehnenden Ansichten vermögen nicht zu überzeugen. Es kann sein, daß der Zweck der Preisvorschriften – Versorgung der Bevölkerung – flankierende Maßnahmen erfordert<sup>117</sup>; das heißt aber nicht, daß deswegen Teilnichtigkeit nicht in Frage kommen kann. Selbst wenn aber die gänzliche Nichtigkeit den Intentionen des Gesetzgebers entsprochen haben sollte,<sup>118</sup> würde sie den Zweck der gesetzlichen Regelung gerade verfehlen. Der Käufer verlöre den Anspruch auf Lieferung der verkauften Sache, obwohl das Gesetz zu seinem Schutz einen Höchstpreis vorsieht.<sup>119, 120</sup>

Allerdings hat auch das RG den Grundsatz der Teilnichtigkeit eingeschränkt, wenn die Parteien bewußt der Preisvorschrift zuwidergehandelt hätten<sup>121</sup> oder zusätzlich Sittenwidrigkeit gegeben sei.<sup>122</sup> Beide Ausnahmen überzeugen nicht; abgesehen davon, daß es sich jeweils nur um obiter dicta handelt,<sup>123</sup> ist doch der Schutzzweck der Norm nicht hinfällig, weil der Übervorteilte davon wußte und sich – oft notgedrungen – mit dem überhöhten Preis einverstanden erklärte. Dasselbe gilt für einen Verstoß gegen die guten Sitten, jedenfalls soweit er nur in der Vereinbarung eines überhöhten Preises besteht.<sup>124</sup>

Differenziert wird ferner zwischen Umlauf- und Anlagegeschäften<sup>125</sup>. Bei diesen sollen die oben gezeigten Grundsätze nicht gelten, vielmehr Totalnichtigkeit eintre-

<sup>115</sup> RGZ 88, 250, 252; 89, 196, 198; 98, 293, 294 f.; BGHZ 36, 232, 237; BGH LM Nr. 8 zu § 134 BGB; *Larenz AT* § 22 II.

<sup>116</sup> BGHSt 8, 221, 225.

<sup>117</sup> *Zimmermann* S. 118, 120, der geforderte Kontrahierungszwang ist aber gerade nicht eingeführt worden; vgl. dazu auch *Pierer von Esch* S. 99 mit Fn. 21.

<sup>118</sup> *Zimmermann* S. 120; zum Zweck der Verbotsgesetze vgl. auch *R. Kramer* S. 72 ff.; 112 ff.

<sup>119</sup> *Zimmermann* S. 118 bleibt für seine apodiktische Behauptung, dem Zweck des Verbotsgesetzes sei durch Nichtigkeit Genüge getan, den Beweis schuldig.

<sup>120</sup> Zu dem Argument, der h. M., dogmatischer Ansatzpunkt sei § 134 Halbsatz 2 BGB, vgl. genauer unten § 14 II 2 c.

<sup>121</sup> RG DR 1939, 1633, 1634; 1942, 1409, 1410; *Palandt/Heinrichs* § 134, 3 b bb; *Erman/Brox* 134, 44. Hier wird also genau umgekehrt entschieden wie bei (auch bewußtem) Verstoß gegen Versicherungstarife.

<sup>122</sup> RGZ 88, 250, 254; 89, 196, 199.

<sup>123</sup> Vgl. *Rinck* Rdn. 302.

<sup>124</sup> Insofern zutreffend *Zimmermann* S. 116 f., der diese Kritik allerdings zur Stützung seiner These der Totalnichtigkeit heranzieht. Anders ist es, wenn die Sittenwidrigkeit wegen sonstiger Umstände eintrat, die nicht nur im überhöhten Preis ihren Ausgangspunkt hatten und die durch eine sittenkonforme Fassung nicht zu beseitigen waren, vgl. dazu OGHZ 1, 72, 77 und unten § 18 I 3.

<sup>125</sup> Vgl. zu weiteren theoretischen Möglichkeiten der Reaktion auf einen Verstoß *Mayer-Maly* Festschrift für Demelius S. 153.

ten.<sup>126</sup> Zum Teil wird auch bei Umlaufgeschäften zusätzlich ein dringendes volkswirtschaftliches Bedürfnis gefordert.<sup>127</sup> An solchen Abgrenzungen ist sicherlich der Aspekt richtig, daß eine Aufrechterhaltung vom Schutzzweck der Norm gedeckt sein muß. Das ist aber grundsätzlich bei allen Gütern der Fall, da Preisstoppvorschriften ja nicht den Absatz als solchen behindern, sondern nur den überhöhten Preis vermeiden sollen. Andererseits ist gerade bei Grundstücken der Preis ein ausschlaggebendes Motiv für die Veräußerung.<sup>128</sup> So muß es aber bei sonstigen Anlagegütern nicht unbedingt liegen; zudem entspricht es auch dort dem Gesetzeszweck, die Hortung zu vermeiden.<sup>129</sup> Entscheidendes Kriterium ist damit nicht die Einstufung eines Wirtschaftsguts, sondern die Frage, ob das Festhalten am Vertrag zu dem staatlich festgesetzten Preis für den Verkäufer unzumutbar ist. Das kann, muß aber nicht mit der Differenzierung der h. M. zusammenfallen; insbesondere ist es deswegen ein sachgerechteres Kriterium, weil der Verkäufer, der den Verstoß kennt, nicht schutzwürdig ist und er daher durch die Reduktion nicht unzumutbar belastet wird.<sup>130, 131</sup>

d) Um einen Spezialfall der gesetzeskonformen Teilnichtigkeit scheint es auf den ersten Blick bei der Frage zu gehen, ob im Recht der Personengesellschaft ein „gespaltenes Schuldverhältnis“ anerkannt werden kann. Beteiligt sich z. B. ein Minderjähriger an einer Gesellschaft, so stehen ihm nach wohl h. M. zwar zumindest teilweise die Rechte eines Gesellschafters zu, es fallen ihm aber nicht die Pflichten zur Last.<sup>132</sup> Man könnte hier von einer „personalen Teilnichtigkeit“ sprechen.

Diese Problematik kann jedoch nicht als ein Beispiel geltungserhaltender Reduktion angesehen werden. Denn es geht wie auch bei sonstigen Verträgen nicht an, dem Minderjährigen nur die Rechte aus dem Gesellschaftsvertrag zu geben.<sup>133</sup> Ins-

<sup>126</sup> RGZ 166, 89, 96 f.; 168, 91, 99 f. (Grundstück); OGHZ 1, 72, 76 f. (Gaststätte); OLG Hamburg NJW 1947/48, 625 (Wohnzimmereinrichtung); BGH LM Nr. 8 zu § 134 BGB (Lichtspieltheater); anders aber BGH DB 1956, 398 (gewerbliche Pacht, Grundstück); BGHZ 51, 174, 181 (Kaserne); zustimmend zur Differenzierung des RG *Pierer von Esch* S. 99; für Aufrechterhaltung auch in diesem Fall plädieren *Pawlowski* S. 192 Fn. 104; *Hereth* NJW 1973, 1444; *Magg* S. 133; *Rinck* AcP 152, 495 ff.; *ders.* Rdn. 304; *Mayer-Maly* Festschrift für Demeilius S. 154 wohl auch für das deutsche Recht.

<sup>127</sup> BGH LM Nr. 8 zu § 134 BGB.

<sup>128</sup> RGZ 166, 89, 96 f. Das Argument ist dort stark nationalsozialistisch gefärbt, da auf die volksanschauliche Bedeutung abgestellt wird; trotzdem kann auch ohne diese Unterlegung ein Unterschied zu den sonstigen Geschäften gerade bei Grundstücken gezogen werden; vgl. OGHZ 1, 72, 77, das volkswirtschaftliche Überlegungen anstellt.

<sup>129</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 126, soweit die Meinung des RG abgelehnt wird.

<sup>130</sup> Daher ist OLG Hamburg NJW 1947/48, 625 abzulehnen, da beide Parteien dort vorsätzlich gehandelt hatten; vgl. dazu genauer unten § 18 II 5 a.

<sup>131</sup> Zur Frage der Zumutbarkeit unten § 18 II 5.

<sup>132</sup> *Staudinger/Kesler* § 705, 134; *Schlegelberger/Gesler* § 105, 62 k; *Hueck* § 7 III 4 c; grobenteils wird der Anspruch des Minderjährigen auf den Gewinn beschränkt, z. B. *Soergel/Siebert/Schultze-von Lausaulx* § 705, 107; *MünchKomm/Gitter* vor § 104, 21; *Flume* II § 13 7; *Westermann* I 783; *Ganssmüller* NJW 1955, 1067 f.; a. A. *Großkomm/Fischer* § 105, 100 f. unter Aufgabe seiner früheren Ansicht (NJW 1955, 851; Anm. zu BGH LM Nr. 10 zu § 105 HGB); *MünchKomm/Ulmer* § 705, 215; im Ergebnis auch BGHZ 17, 160, 167 f.

<sup>133</sup> Für andere Verträge so auch *Ganssmüller* NJW 1955, 1067.

besondere wäre es ein nicht akzeptables Ergebnis, wenn der Minderjährige zwar die Befugnis zur Geschäftsführung und zur Vertretung hätte, aus den diesen Rechten korrespondierenden Pflichten aber nicht haftete. Eine solche Verteilung von Rechten und Pflichten wäre den übrigen Mitgliedern der Gesellschaft nicht zumutbar. So hat denn auch die h. M. in erster Linie nur einen kleinen Ausschnitt der Rechte eines Gesellschafters im Auge, nämlich die Beteiligung am Gewinn.<sup>134</sup> In dieser Hinsicht den Minderjährigen zu schützen, mag angebracht sein, das Resultat kann aber nicht im Wege der gesetzeskonformen Teilnichtigkeit erzielt werden. Dasselbe gilt auch für den Fall eines minderjährigen Arbeitnehmers.<sup>135</sup>

Kein Gegenargument läßt sich daraus ableiten, daß § 682 BGB im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag eine derartige Differenzierung bei den Rechten und Pflichten des Minderjährigen vornimmt. Nach überwiegender Ansicht hat der Minderjährige hier zwar einen zustimmungsfreien Anspruch auf Aufwendungsersatz.<sup>136</sup> Es handelt sich dabei aber um ein gesetzliches Schuldverhältnis aufgrund der Wahrnehmung fremder Angelegenheiten,<sup>137</sup> nicht dagegen um die Aufspaltung eines Vertrages. Zudem betrifft die Regelung nur einen eng umgrenzten Problemkreis der Abwicklung von Folgen eines Eingriffs des Minderjährigen in Rechte eines anderen; ein solches Risiko muß jeder tragen.<sup>138</sup> Bei einem Gesellschafts- oder Arbeitsvertrag hingegen hätte der Minderjährige einen wesentlich weiter reichenden Einfluß auf die Vermögenssphäre seiner Mitgesellschafter, ohne bei Pflichtverletzungen zu haften. Dem Interesse des Minderjährigen kann auch im Gesellschafts- und Arbeitsrecht durch die rückwirkende Genehmigung Rechnung getragen werden<sup>139</sup> – wie es auch bei sonstigen wirtschaftlich vorteilhaften Verträgen der Fall ist.

4. Eine sich seit langem durch die Rechtsprechung und Literatur ziehende Argumentation unterscheidet bei der Rechtsfolge eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot danach, ob sich dieses gegen beide Parteien oder aber nur gegen eine richtet. Die Differenzierung wird vorwiegend herangezogen, wenn es um die Frage geht, ob das Geschäft (gänzlich) wirksam oder totalnichtig ist.<sup>140</sup>

<sup>134</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 132.

<sup>135</sup> Vgl. statt aller MünchKomm/Gitter vor § 104, 17 mwN.

<sup>136</sup> *Erman/Hauss* § 682, 2; *Soergel/Mühl* § 682, 1; *RGRK/Steffen* § 682, 5; *Staudinger/Wittmann* § 682, 2; *Larenz II* § 57 I a. E.; *Canaris* NJW 1964, 1988; *Schulien* NJW 1963, 1879; *Knocke* MDR 1964, 195; *Diederichsen* MDR 1964, 891; a. A. *Staudinger/Nipperdey*<sup>11</sup> § 682, 10; MünchKomm/Seiler § 682, 4; *Palandt/Thomas* § 682, 1; LG Aachen NJW 1963, 1252, 1253.

<sup>137</sup> Vgl. statt aller *Staudinger/Wittmann* vor § 677, 3.

<sup>138</sup> Vgl. z. B. *Diederichsen* MDR 1964, 890.

<sup>139</sup> *Großkomm/Fischer* § 105, 100; MünchKomm/Ulmer § 705, 215. Auch bereicherungsrechtlich läßt sich der Minderjährige hinreichend dadurch schützen, daß man es den übrigen Gesellschaftern versagt, sich auf § 818 Abs. 3 BGB zu „berufen“, eine Argumentation, die auch im Rahmen der Saldotheorie anerkannt ist, vgl. nur *Palandt/Thomas* § 818, 6 D c.

<sup>140</sup> Vgl. *Palandt/Heinrichs* § 134, 2b; *Erman/Brox* 134, 11; MünchKomm/Mayer-Maly § 134, 55; *Soergel/Hefermehl* § 134, 21; *Staudinger/Dilcher* § 134, 4; *Larenz AT* § 22 II jeweils mwN., alle jedoch kritisch zu dieser Differenzierung.

Daneben soll die Zielrichtung des Verbotes nach Ansicht des BGH auch für die Frage des Umfangs der Nichtigkeit relevant sein. Das Gericht hat bei der Prüfung eines Erschließungsvertrages § 129 Abs. 1 Satz 3 BBauG als ein Verbot angesehen, das sich lediglich gegen eine Partei, nämlich die Gemeinde, richte. Daraus folge, daß das Geschäft nicht als Ganzes nichtig sei; auch der Verbotszweck fordere offensichtlich nicht Totalnichtigkeit. Es fehle ein Interesse der Gemeinschaft an der restlosen Verwerfung, die nur dem Unternehmer zugute käme. In der daran anschließenden Prüfung des § 139 BGB stellt der BGH fest, der Bauunternehmer hätte jedenfalls auch zu den ihm günstigeren Konditionen abgeschlossen.<sup>141</sup>

Wenngleich das Ergebnis zutrifft, vermag doch die Begründung nicht zu überzeugen. Schon die Ableitung von Rechtsfolgen aus der Verbotsrichtung der Norm erscheint als wenig überzeugend.<sup>142</sup> So hat denn auch der BGH die Regel in einer Reihe von Fällen durchbrochen.<sup>143</sup> Die mangelnde Plausibilität dieser Unterscheidung zeigt sich auch, wenn es um die Frage von Total- oder Teilnichtigkeit geht. Der Schutzzweck einer Norm wird zwar häufig mit der Tatsache einhergehen, daß sich das Verbot nur gegen einen Teil richtet. § 276 Abs. 2 BGB verbietet etwa dem Schuldner, seine Haftung für Vorsatz auszuschließen, und richtet sich damit ausschließlich gegen ihn. Insofern hat die Verbotsrichtung aber neben dem Schutzzweck keinen eigenständigen Argumentationswert. Andererseits kann auch bei einem Verbotsgesetz, das beide Vertragsparteien anspricht, Reduktion möglich sein, wie der Fall des § 1 GWB zeigt.<sup>144</sup>

Der richtige Ansatzpunkt für den geschilderten Fall wäre auch hier der Zweck der Norm gewesen.<sup>145</sup> Allerdings hätte auch die Totalnichtigklärung das Ziel des § 129 Abs. 1 Satz 3 BBauG – Verhinderung einer ziellosen und übermäßigen Planung der Gemeinde<sup>146</sup> – erreicht. Ebenso wäre der Schutz der Anwohner gewährleistet; ihnen soll nicht durch die Überwälzung auf den Unternehmer im Ergebnis die gesamte

<sup>141</sup> BGHZ 65, 368, 370ff.; von MünchKomm/Mayer-Maly § 139, 24 wird die Lösung des Falles durch den mittels Treu und Glauben konkretisierten hypothetischen Parteiwillen begründet. OVG Münster DVBl 1970, 840f. lehnt eine ergänzende Auslegung nach § 157 BGB ab, kommt aber durch Teilnichtigklärung zum selben Ergebnis. *Erman/Brox* § 134, 30 betrachtet dies als Fall der Teilnichtigkeit nach § 134 BGB, ähnlich OLG Celle OLGZ 1971, 161, 163.

BVerwG NJW 1972, 1588, 1589 bestätigt zwar die Auffassung des Berufungsgerichts, eine dem § 129 Abs. 1 Satz 3 BBauG entsprechende Auslegung oder Ergänzung des Vertrages komme nicht in Frage, spricht dem Unternehmer aus § 129 Abs. 1 Satz 3 BBauG direkt einen Anspruch auf Übernahme von 10% der Kosten durch die Gemeinde zu; das setzt auf der anderen Seite voraus, daß der Vertrag im übrigen wirksam ist, da sonst der Unternehmer mangels Rechtsgrundes seine gesamten Kosten über Bereicherungsrecht zurückverlangen könnte.

<sup>142</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 140.

<sup>143</sup> Vgl. z. B. BGHZ 46, 24, 26; 70, 12, 17; 71, 358, 362 = BGH NJW 1978, 1970, 1971; BGH LM Nr. 70 zu § 134 BGB.

<sup>144</sup> Vgl. oben § 6 I 2 und OLG Düsseldorf WuW 1974, 645, 648.

<sup>145</sup> So auch *Soergel/Hefermehl* § 134, 32, der allerdings zur Stützung seiner Meinung die hier kritisierte Entscheidung zitiert.

<sup>146</sup> *Ernst/Zinkahn/Bielenberg* § 123, 31 m. umf. N.

Anlage in Rechnung gestellt werden.<sup>147</sup> Andererseits schösse die Annahme der Totalnichtigkeit über das Ziel hinaus, da sie nur den Unternehmer begünstigte, der den Vertrag mit der Gemeinde geschlossen hat, und zwar auf Kosten der Allgemeinheit.<sup>148</sup>

5. Ob die Kenntnis der Verbotswidrigkeit für die Frage der Total- oder Teilnichtigkeit eine Rolle spielt, wird von der Rechtsprechung – mit Ausnahme der Bösgläubigkeit bei Verstoß gegen Preisstoppvorschriften und Versicherungstarife<sup>149</sup> – nicht erörtert; dort sind die Resultate zudem genau entgegengesetzt. In anderem Zusammenhang, nämlich bei den Voraussetzungen des Verbotsgesetzes, hat der BGH die Relevanz der Kenntnis verneint,<sup>150</sup> eine Ausnahme soll allerdings gelten, falls die Nichtigkeitssanktion auf bewußte Übertretung beschränkt ist.<sup>151</sup> Auf der anderen Seite hat das Gericht im Rahmen fehlerhafter Arbeitsverträge<sup>152</sup> oder fehlerhafter Gesellschaftsverträge<sup>153</sup> Totalnichtigkeit bei Kenntnis von der Verbotsnorm angenommen. Für den hier interessierenden Zusammenhang freilich gibt diese Rechtsprechung deswegen wenig Anhaltspunkte, weil bei all diesen Fällen eine *Reduktion* gar nicht möglich war.

6. Ein Spezialproblem stellt sich bei Verbotsgesetzen, die nur eine Zeitlang wirksam sind, während die dagegen verstoßenden (Dauer-)Schuldverhältnisse auf längere Zeit geschlossen sind. Die Aufhebung der Anordnung von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinde und Gemeindeverbände (KAE) führte nach Ansicht des BGH dazu, daß Verträge, die vor Erlaß des Verbots geschlossen waren und über den Zeitpunkt der Aufhebung hinaus liefen, ab diesem Augenblick wieder gültig waren. Der Zweck des Verbotsgesetzes sei erreicht, wenn während der Laufzeit die Abgabe für Konzessionen verboten sei; für eine Erstreckung der Rechtsunwirksamkeit auf einen späteren Zeitraum bestehe kein Grund.<sup>154</sup> Ebenso sei ein wegen Genehmigungspflichtigkeit unwirksamer Vertrag nach Wegfall der Genehmigungspflicht wirksam.<sup>155</sup>

Überträgt man diese Lösungen auf die Frage, ob § 306 BGB auch für Verträge gilt, die bei Abschluß unmöglich sind, bei denen später jedoch das Leistungshindernis wegfällt, so müßte auch hier die Abrede ab diesem Zeitpunkt wirksam werden. Das allerdings widerspricht einer verbreiteten Ansicht.<sup>156</sup> Freilich ist mit dem Wort-

<sup>147</sup> Ernst/Zinkahn/Bielenberg aaO.

<sup>148</sup> BGHZ 65, 368, 371. Das wäre allerdings nur dann der Fall, wenn die von der Gemeinde heranziehenden Grundstückseigentümer nicht ihrerseits wieder einen Rückgriffsanspruch gegen den Unternehmer hätten. Vgl. auch BGHZ 46, 24, 28.

<sup>149</sup> Vgl. oben bei Fn. 110f. und 121f.

<sup>150</sup> BGHZ 37, 363, 366; MünchKomm/Mayer-Maly § 134, 108; a. A. Flume II § 17 3 a. E., allerdings wohl aufgrund des dort gegebenen speziellen Verbotsgesetzes.

<sup>151</sup> MünchKomm/Mayer-Maly § 134, 108.

<sup>152</sup> BGHZ 53, 152, 159.

<sup>153</sup> BGHZ 62, 234, 241; BGH NJW 1980, 638, 639; LM Nr. 8 zu § 105 HGB.

<sup>154</sup> BGHZ 45, 322, 327f. unter Aufgabe von BGHZ 15, 113, 122.

<sup>155</sup> BGH LM Nr. 15 zu § 134 BGB mwN.

<sup>156</sup> Palandt/Heinrichs § 306, 2; Soergel/Siebert/Reimer Schmidt § 306, 1 mwN.; Staudinger/



lautargument des § 275 Abs. 2 BGB,<sup>157</sup> der die Entstehung des Schuldverhältnisses als relevanten Zeitpunkt nennt, nicht viel ausgesagt. Einmal hat diese Norm nur die Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit im Auge;<sup>158</sup> umgekehrt spricht § 306 BGB davon, der Vertrag müsse auf eine unmögliche Leistung „gerichtet“ sein.<sup>159</sup> Es bleibt der Hinweis auf die Unzumutbarkeit eines Schwebbezustandes für die Parteien.<sup>160</sup> Diese kann aber nicht generell bejaht werden. Vielmehr ist anhand der Umstände zu ermitteln, ob es für die Beteiligten eine Härte bedeutet, sich am Vertrag festhalten zu lassen. Ist das nach Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens (§ 157 BGB) zu verneinen, so folgt daraus, daß ein Fall des § 308 Abs. 1 BGB vorliegt und der Vertrag wirksam ist.<sup>161</sup> Damit wird auch eine unterschiedliche Behandlung von befristeten und betagten Geschäften verhindert.<sup>162</sup> Zudem vermeidet diese Lösung ein Leerlaufen des § 308 Abs. 1 BGB.<sup>163</sup> Das Problem verlagert sich auf die Abwägung der beteiligten Interessen.<sup>164</sup>

### *§ 9 Gesetzeskonforme Auslegung als Folge der Teilnichtigkeitserklärung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten*

Auch bei Prüfung des § 138 BGB ist zu differenzieren zwischen der Reduktion einer einzelnen Klausel und der Frage, ob das Rechtsgeschäft in seiner Gesamtheit infällig wird.

#### *I. Teilnichtigkeit einzelner Klauseln?*

Verstoßen Klauseln teilweise gegen die guten Sitten oder das Wucherverbot, so ließe sich in Anlehnung an die zum partiellen Gesetzesverstoß dargestellten Regeln daran denken, nur das sittenwidrige Übermaß zu kappen. Dabei bliebe aber außer acht, daß damit der Richter von der wirtschaftlich stärkeren Partei dazu mißbraucht werden könnte, das gerade noch sittenkonforme Maß einer Nebenabrede zu finden. Ergeben sich somit keine besonderen Umstände, die die Aufrechterhaltung der

---

Werner<sup>11</sup> vor § 275, 26; *Staudinger/Kaduk*<sup>11</sup> § 306, 22 ff. m. umf. N.; RG JW 1931, 3449, 3450; a. A. *Erman/Battes* § 306, 5; MünchKomm/*Emmerich* vor § 275, 37; RGRK/*Ballhaus* § 306, 3; *Emmerich* in Grundlagen § 11 II; RGZ 108, 176, 180; 159, 193, 202.

<sup>157</sup> Darauf stützen sich aber *Soergel/Siebert/Reimer Schmidt* § 306, 1 und *Staudinger/Kaduk*<sup>11</sup> § 306, 26.

<sup>158</sup> *Erman/Battes* § 306, 5.

<sup>159</sup> Vgl. *Erman/Battes* § 306, 5; RGRK/*Ballhaus* § 306, 3.

<sup>160</sup> *Staudinger/Werner*<sup>11</sup> vor § 275, 26.

<sup>161</sup> Vgl. *Staudinger/Löwisch* § 306, 28; so wohl auch schon *Staudinger/Kaduk*<sup>11</sup> § 306, 29 f. (Auslegung nach dem vernünftigen Parteiwillen und § 157 BGB), damit ist z. B. der Fall RG JW 1931, 3449, 3450 erklärbar; vgl. auch *Mayer-Maly* JZ 1981, 804 f.; skeptisch *Erman/Battes* § 306, 5.

<sup>162</sup> Vgl. *Erman/Battes* § 306, 5.

<sup>163</sup> So das Gegenargument von *Staudinger/Kaduk*<sup>11</sup> § 306, 25.

<sup>164</sup> Vgl. dazu unten §§ 18 ff.

Klausel in reduziertem Umfang fordern, so ist – wie im Falle eines Verstoßes gegen § 9 AGBG – die Klausel gänzlich nichtig,<sup>1</sup> wenn sich nicht aus dem Vertrag ergibt, in welchem (sittenkonformen) Umfang sie gelten soll.<sup>2</sup>

## II. Schicksal des Rechtsgeschäfts als Ganzem

1. Betrachtet man das Schicksal des ganzen Vertrages, so tritt nach h. M. bei einem Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB wenigstens in der Regel Totalnichtigkeit ein.<sup>3</sup> Uneingeschränkt soll dies für das Vorliegen von Wucher gelten,<sup>4</sup> oft wird auch bezüglich der Rechtsfolge nicht zwischen den beiden Absätzen des § 138 BGB unterschieden.<sup>5</sup> Als Begründung sei hinzuweisen auf den Wortlaut des § 138 BGB<sup>6</sup> sowie die eindeutige Regelung seines Absatzes 2; Totalnichtigkeit müsse jedenfalls auch bei Ausnutzung einer Monopolstellung eintreten, falls diese gegen § 138 Abs. 1 BGB verstoße.<sup>7</sup> Zudem sei das Geschäft als solches unteilbar,<sup>8</sup> eine Zerlegung würde

<sup>1</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 1979, 805 f.

<sup>2</sup> Freilich kann sich die Vorregelung auch dadurch ergeben, daß der Maßstab der guten Sitten gleichzeitig einen exakten Anhaltspunkt für die Reduktion ergibt, vgl. z. B. die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Globalzession oben § 6 I 3 a und genauer unten § 20 II 2 a (5).

<sup>3</sup> Vgl. z. B. BGHZ 44, 158, 162; 63, 365, 367; 68, 204, 206 ff. mit zustimmender Anmerkung *Lindacher* JR 1977, 412 f.; im Ergebnis anders (§ 140 BGB) jedoch die Vorinstanz OLG Stuttgart JZ 1975, 572 ff. mit ablehnender Anmerkung *Krampe*; BGH WM 1956, 459, 460; 1959, 566, 567; 1962, 111, 113; 1962, 606, 608; 1963, 834, 836; 1972, 486, 488; NJW 1979, 808, 809; 1979, 1605, 1606; 1979, 2089, 2091; 1979, 2092, 2093; 1980, 2074, 2075; 1980, 2076, 2078; BGH LM Nr. 14 zu § 139 BGB; Nr. 33 zu § 138 (Bb) BGB; wohl auch NJW 1972, 1227, 1229; OLG Celle NJW 1959, 1971, 1972; KG BB 1974, 1505; OLG Nürnberg MDR 1976, 399; OLG Stuttgart NJW 1979, 2409; AG Hamburg MDR 1975, 662;

MünchKomm/Mayer-Maly § 138, 131; *Soergel/Hefermehl* § 139, 43; *Staudinger/Dilcher* § 138, 108; *Palandt/Heinrichs* § 138, 1 g; *Erman/Brox* § 138, 23; *Flume* II § 18 9; § 32 2 d; *Larenz* AT § 23 II b; *Canaris* Bankrecht Rdn. 1315; *Zimmermann* S. 22; *Sandrock* AcP 159, 515, 539; differenzierend *Enneccerus/Nipperdey* § 192 III 3, der Ausnahmen nach § 242 BGB zuläßt; differenzierend auch *Lange/Köhler* § 54 IV 2 für Dauerschuldverhältnisse; anders (nach Kenntnis) differenzierend *Siller* AcP 138, 156, 178 ff.; a. A. *Lehmann/Hübner* § 29 IV 4; *von Tuhr* II 2 § 70 III; *Medicus* Gedächtnisschrift für Dietz S. 65; *Rühle* S. 70; wohl auch MünchKomm/Lieb § 817, 17; *AK/Joerges* § 817, 10; *von Olshausen* ZHR 146, 295.

Ausdrücklich offengelassen in RGZ 161, 52, 55, BGH LM Nr. 8 zu § 139 BGB; vgl. auch § 11 Fn. 37.

<sup>4</sup> BGHZ 44, 158, 162; BGH LM Nr. 14 zu § 139 BGB; 33 zu § 138 (Bb) BGB; *Palandt/Heinrichs* § 138, 4 b; *Erman/Brox* § 138, 44; MünchKomm/Mayer-Maly § 138, 132; *Soergel/Hefermehl* § 139, 3; *Staudinger/Dilcher* § 138, 108; *Flume* II § 18 9; *Larenz* AT § 23 II b; a. A. *Jauernig* § 139, 3 e aa und die übrigen in Fn. 3 genannten abweichenden Ansichten.

<sup>5</sup> Vgl. z. B. *Soergel/Hefermehl* § 139, 3; *Staudinger/Dilcher* § 138, 108; *Flume* II § 18 9; *Larenz* AT § 23 II b.

<sup>6</sup> *Husmann* NJW 1971, 409.

<sup>7</sup> BGHZ 44, 158, 162; BGH LM Nr. 14 zu § 139 BGB.

<sup>8</sup> BGHZ 44, 158, 162; BGH LM Nr. 14 zu § 139 BGB; *Soergel/Hefermehl* § 139, 41; *Staudinger/Dilcher* § 139, 9.

die von den Parteien vorausgesetzte Äquivalenz zerstören.<sup>9</sup> Bejahte man die Möglichkeit einer teilweisen Aufrechterhaltung des sittenwidrigen Geschäfts, so verlöre dieses für den verwerflich Handelnden das Risiko, mit dem es durch die vom Gesetz angedrohte Nichtigkeitsfolge behaftet sei.<sup>10</sup>

Den Unterschied zu den Rechtsfolgen bei Verstößen gegen ein gesetzliches Verbot sieht die überwiegende Rechtsprechung in dogmatischer Hinsicht darin, daß bei § 138 BGB ein dem Halbsatz 2 des § 134 BGB entsprechender Zusatz fehle.<sup>11</sup> Ohne bereits hier auf die Berechtigung dieses Arguments eingehen zu können,<sup>12</sup> läßt sich zeigen, daß die Rechtsprechung selbst die von ihr aufgestellte Regel nicht einhält. Denn trotz der relativ großen Einmütigkeit im Grundsatz gibt es eine Reihe von Fällen, in denen die Judikatur Totalnichtigkeit als Rechtsfolge ablehnt.

2. a) Die Wirksamkeit eines Vertrages, der unter Verwendung von AGB zustande kam, wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß eine seiner Klauseln gegen § 138 BGB verstößt. § 6 Abs. 1 AGBG gilt auch in einem solchen Fall.<sup>13</sup> Wenn nämlich schon ein Verstoß gegen §§ 9 ff. AGBG dazu führt, daß der Vertrag als solcher wegen des Schutzcharakters der Norm bestehen bleibt, so muß das erst recht gelten, wenn eine Kollision mit dem schärferen Maßstab des § 138 BGB vorliegt. Unter diesem Aspekt kann es auch keinen Unterschied machen, wenn ausnahmsweise der Verstoß gegen § 138 BGB nicht mit einer Verletzung von § 9 AGBG einhergeht, etwa weil es an einer Benachteiligung des Vertragspartners fehlt.<sup>14</sup>

Eine Ausnahme ergibt sich wiederum nur bei unzumutbarer Härte für den Verwender (§ 6 Abs. 3 AGBG); das ist allerdings bei sittenwidrigem Handeln schwer vorstellbar. Relevant dagegen ist auch und gerade im Rahmen des § 138 BGB die Frage nach dem Schicksal des restlichen Vertrages, wenn nach Ausscheidung der sittenwidrigen Klauseln nur mehr ein Torso verbleibt, der ungenügende Regelungen enthält und auch nicht durch das Gesetz ergänzt werden kann. Insoweit gilt dasselbe, was zur Frage des Nichtigkeitsumfanges bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot ausgeführt wurde.<sup>15</sup>

---

<sup>9</sup> *Flume* II § 189; *Larenz* AT § 23 II b; *Lange/Köhler* § 54 IV 2, der aber bei Dauerschuldverhältnissen anders entscheiden will.

<sup>10</sup> BGHZ 68, 204, 208, mit diesem Argument wurde auch eine Umdeutung nach § 140 BGB abgelehnt, vgl. dazu auch unten § 11 II 1; BGH NJW 1979, 1605, 1606; ebenso BAGE 10, 316, 323; *Soergel/Hefermehl* § 140, 6; *Flume* II § 32 9 c; *Larenz* AT § 23 III.

<sup>11</sup> BGH LM Nr. 14 zu § 139 BGB; vgl. auch BGHSt 8, 221, 224; RGZ 168, 91, 97; 168, 307, 312; zweifelnd *Sandrock* AcP 159, 514; a. A. *Zimmermann* S 113 ff.

<sup>12</sup> Vgl. die Behandlung dieser Frage unten § 14 II 2 c.

<sup>13</sup> *Erman/H. Hefermehl* AGBG § 6, 3; *Ulmer* § 6, 9; *Stein* § 6, 5; *Dittmann/Stahl* Rdn. 248; wohl auch *Staudinger/Schlosser* § 6, 2; *Koch/Stübing* § 6, 6; *Palandt/Heinrichs* AGBG § 6, 2 b; im Regierungsentwurf sind allerdings § 134 und § 138 BGB in diesem Zusammenhang nicht aufgeführt, vgl. *Dietlein/Rebmann* Anh. zu § 6 b; dagegen z. B. *Löwe* § 6, 3; *Stein* § 6, 5. Die Beispiele aus der früheren Rechtsprechung (oben § 8 II 1 mit Fn. 94) sind auch hier einschlägig; die meisten sind ohnehin zu der Frage entschieden worden, ob der Vertrag bei sittenwidrigen Klauseln aufrechterhalten werden kann.

<sup>14</sup> *Stein* § 6, 5.

<sup>15</sup> Vgl. oben § 8 II 1 a.

b) Der Schutzzweck des § 138 BGB kann aber auch bei individuell vereinbarten Klauseln dazu führen, daß der Vertrag ansonsten aufrechtzuerhalten ist. Genauso wie das Telos eines *Verbotsgesetzes* die Aufrechterhaltung des Vertrages im übrigen erfordern kann,<sup>16</sup> ist auch bei einer Vereinbarung, die wegen Knebelung eines Teils gegen die *guten Sitten* verstößt, der Rest des Vertrages weiterhin gültig. Denn sonst richtete sich der Schutzzweck des § 138 BGB gegen den zu Schützenden.

Insbesondere ist jedenfalls in diesem Zusammenhang kein struktureller Unterschied zwischen § 134 BGB und § 138 BGB gegeben, der eine Ungleichbehandlung erfordern oder rechtfertigen würde. Denn auch der Gegenschluß zu Halbsatz 2 des § 134 BGB würde hier zu keinem anderen Ergebnis führen, da er allenfalls einschlägig ist, wenn eine Hauptpflicht gegen die guten Sitten verstößt.<sup>17</sup> Es ist daher nicht mit der Sonderstellung des Arbeitsrechts zu erklären, sondern Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, daß der Arbeitsvertrag trotz eines sittenwidrigen Wettbewerbsverbotes im übrigen wirksam bleibt.<sup>18</sup>

3. Dieser Schutzcharakter führt nicht nur bei Sittenwidrigkeit von Nebenabreden zur Aufrechterhaltung des Vertrages, sondern auch dann, wenn die Vereinbarung einer Hauptpflicht gegen § 138 BGB verstößt; dies läßt sich an einer Reihe von Beispielen aus der Rechtsprechung belegen: Obwohl der in einem Anwaltsvertrag mit einem Mandanten vereinbarte Gebührenverzicht sittenwidrig war, weil dieser sich verpflichtet hatte, dem Anwalt Aufträge Dritter zu vermitteln, erachtete der BGH den Vertrag als ganzen nicht für nichtig. Denn die betreffenden gesetzlichen Vorschriften sollten den Mandanten vor Benachteiligungen schützen. Entsprechend dem Schutzzweck des Gesetzes beschränke sich die Nichtigkeit auf die unzulässige Abrede; § 139 BGB sei insoweit nicht anwendbar.<sup>19</sup> Ebenso wurde entschieden bei einer nach § 93 Abs. 2 Satz 5 RAGeO nichtigen Vereinbarung eines Entgelts in Abhängigkeit vom Erfolg.<sup>20</sup> Beide Entscheidungen stützen sich zur Absicherung ihrer Meinung auf das Urteil des RG, demzufolge bei einem nichtigen Wettbewerbsverbot der Dienstvertrag wegen des Schutzzwecks der §§ 74 ff. HGB unberührt bleibe<sup>21</sup> und das Urteil des BGH, daß Nichtigkeit eines Anwaltsvertrages ausscheide, soweit die Honorarforderung nach § 242 BGB begrenzt werden könne.<sup>22</sup> Auch hier wird also § 134 BGB und § 138 BGB trotz des oben dargestellten Grundsatzes in der Praxis gleichbehandelt.<sup>23</sup>

<sup>16</sup> Vgl. oben § 8 II 2.

<sup>17</sup> BGH LM Nr. 14 zu § 139 BGB betraf den Fall der Vereinbarung einer Hauptleistungspflicht unter Ausnützung einer Monopolstellung.

<sup>18</sup> Vgl. BAGE 10, 316 ff.; die Erörterungen des Gerichts auf S. 323 betreffen die Frage, ob das Verbot gänzlich nichtig ist oder in reduziertem Umfang aufrecht erhalten werden kann (vgl. bei Fn. 10), die Wirksamkeit des Vertrages als Ganzes wurde aber nicht angezweifelt; *Schaub* § 35 III 5; *Sandrock* AcP 159, 516 ff. mwN.; vgl. auch § 8 II 3 a mit Fn. 106.

<sup>19</sup> BGH NJW 1980, 2407, 2408.

<sup>20</sup> BGH JZ 1962, 369, 370.

<sup>21</sup> RGZ 146, 116, 119; vgl. dazu oben § 8 II 2 a mit Fn. 100.

<sup>22</sup> BGHZ 18, 340, 348; zustimmend *Soergel/Hefermehl* § 138, 198; *Larenz* AT § 23 II d; vgl. dazu oben § 7 I 3 mit Fn. 11.

<sup>23</sup> Vgl. auch BGH WM 1957, 1118, 1121; 1957, 1155, 1158; 1972, 486, 488: Dem sittenwid-

4. Teilnichtigkeit als Folge eines partiellen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB findet sich auch in der Rechtsprechung zum sogenannten Mätressentestament. Positiv-rechtlich gab es hier einen Ansatzpunkt in § 48 Abs. 2 TestG,<sup>24</sup> der durch seine Formulierung („soweit“) die Möglichkeit der Reduktion nahelegte.<sup>25</sup> Freilich hat das RG auch schon vor Erlass dieser Norm bei partieller Kollision der letztwilligen Verfügung mit den guten Sitten nur teilweise Nichtigkeit der betreffenden Testamente angenommen.<sup>26</sup> Ebenso haben auch nach der Aufhebung von § 48 Abs. 2 TestG der OGH<sup>27</sup> und der BGH<sup>28</sup> in einigen Entscheidungen judiziert. Die Teilung von partiell sittenwidrigen Testamenten ist also entgegen manchen Stimmen in der Literatur<sup>29</sup> nicht erst in den bisher jüngsten Entscheidungen des BGH<sup>30</sup> bejaht worden.

Sein Ergebnis begründet der BGH mit dem Gedanken, Totalnichtigkeit würde die eingesetzten Erben ungerechtfertigt benachteiligen. Es sei zwar nicht angebracht, das Testament als uneingeschränkt wirksam anzuerkennen.<sup>31</sup> Auf der anderen Seite aber sei der Wille des Erblassers möglichst weitgehend zu beachten. Offen könne dabei bleiben, ob die Aufrechterhaltung des Restes auf § 2085 BGB oder § 139 BGB

rig Handelnden ist es nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Nichtigkeit des Vertrages zu berufen, wenn dieser gegen § 138 BGB verstößt. Die Entscheidungen wären besser mit dem Schutzzweck des § 138 BGB zu begründen gewesen.

<sup>24</sup> Das TestG galt von 1938 bis 1946 (nicht bis 1. 4. 1953, wie *Ramm* JZ 1970, 129 irrtümlich meint; Teil 2 Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts vom 5. 3. 1953 (BGBl. I S. 33) hob das TestG nur insoweit auf, als es nicht bereits außer Kraft war; das war durch Art. Ia Nr. 37 KRG vom 30. 10. 1946 (KRABl. S. 220) geschehen.)

<sup>25</sup> Daher nur Teilnichtigkeit z. B. in RG WarnRspr. 1941, 52, 54, wo zusätzlich mit §§ 139, 2085 BGB argumentiert wurde; DR 1942, 847, 848, dort bezeichnete das Gericht § 48 Abs. 2 TestG als vorrangig gegenüber §§ 139, 2085 BGB; RGZ 168, 177, 183; in RGZ 166, 395, 399; OLG Düsseldorf DR 1940, 1424 war eine solche Reduktion im konkreten Fall wohl nicht möglich, vgl. *Thielmann* S. 174 mit Fn. 12.

<sup>26</sup> RG WarnRspr. 1928, 342, 345; Gruchot 70, 548, 551. In RG JW 1910, 6; 1911, 29 war eine Teilung wohl nicht möglich.

<sup>27</sup> OGH (15. 10. 1948) OGHZ 1, 249, 251, allerdings unter ausschließlicher Berufung auf Urteile, die während der Geltungszeit von § 48 Abs. 2 TestG ergangen waren.

<sup>28</sup> BGH LM Nr. 2 zu § 138 (Cd) BGB; NJW 1968, 932, 934, in dieser Entscheidung wird allerdings später lediglich auf den Schwerpunkt des Motivs abgestellt, ohne die Möglichkeit einer Teilnichtigkeitserklärung zu erörtern (S. 935); ausdrücklich offengelassen in BGH LM Nr. 14 zu § 138 (Cd) BGB; nicht ganz klar BGHZ 20, 71, 73; 23, 76, 80, die sich zu diesem Problem nicht äußern.

<sup>29</sup> So aber offensichtlich MünchKomm/Mayer-Maly § 138, 54, 134; *Staudinger/Dilcher* § 138, 67f.; *Flume* II § 189; sie erwähnen die in Fn. 26 genannten Entscheidungen nicht; anders aber *Thielmann* S. 175.

<sup>30</sup> BGHZ 52, 17, 22ff; 53, 369, 383; ebenso schon BGH (15. 6. 1955) FamRZ 1963, 287, 289f.; OLG Karlsruhe FamRZ 1967, 691, 694; KG FamRZ 1968, 670, 673; OLG Düsseldorf FamRZ 1970, 105, 107; zweifelnd und im entschiedenen Fall wegen des entgegenstehenden hypothetischen Willens ablehnend OLG Hamm JMBINRW 1964, 272, 273f.

<sup>31</sup> BGHZ 52, 17, 24; zustimmend *Kreft* in Anmerkung zu BGB LM Nr. 16 zu § 138 (Cd) BGB.

zu stützen sei, da jedenfalls die Tatbestandsvoraussetzungen beider Normen erfüllt seien.<sup>32</sup>

In der Literatur ist die Lösung des BGH Anlaß zu einer umfangreichen Kontroverse geworden.<sup>33</sup> Soweit die Argumente der Kritiker im Rahmen der vorliegenden Untersuchung relevant sind,<sup>34</sup> basieren sie insbesondere darauf, nach der Aufhebung des § 48 Abs. 2 TestG schließe der nun wieder (allein) anwendbare § 138 BGB eine richterliche Gestaltung aus.<sup>35</sup> Das ist schon deswegen nicht zwingend, weil § 48 Abs. 2 TestG nicht wegen der in ihm vorgesehenen Reduktionsmöglichkeit, sondern wegen seiner nationalsozialistisch bestimmten Tatbestandsvoraussetzungen aufgehoben wurde.<sup>36</sup> Aus dem Gegenargument der Literatur läßt sich nur ableiten, daß nunmehr wieder § 138 BGB allein ausschlaggebend ist, nicht jedoch, daß dieser eine Teilnichtigkeitserklärung verbietet. Denn die Aufhebung einer Spezialvorschrift kann für die Interpretation der *lex generalis* in der Regel keine bindenden Richtlinien abgeben.<sup>37</sup>

Ebensowenig überzeugt das formale Argument, eine einheitliche Verfügung von Todes wegen könne nur in vollem Umfang gültig oder nichtig sein.<sup>38</sup> Gerade angesichts der Schwierigkeit festzustellen, ob in einem Testament eine oder mehrere Verfügungen enthalten sind,<sup>39</sup> befriedigen vor allem die unterschiedlichen Rechtsfolgen nicht.<sup>40</sup> Bei mehreren Verfügungen nämlich ist schon von Gesetzes wegen die

<sup>32</sup> BGHZ 52, 17, 24 f.; 53, 369, 383; ohne Begründung BGH FamRZ 1963, 287, 289 f.; OGHZ 1, 249, 253; ebenso für den Fall einer abtrennbaren sittenwidrigen Klausel BGH LM Nr. 2 zu § 138 (Cd) BGB.

<sup>33</sup> Zustimmend zum BGH aber *Lange/Kuchinke* § 33 IV 2b, § 34 IV 4; *Bartholomeyczik/Schlüter* § 23 I 1 f; *Brox* Erbrecht Rdn. 259; *von Lübtow* I § 8 A II d 2; *Steffen* DRiZ 1970, 349; *Kipp/Coing* § 21 IV (allerdings ohne Berufung auf den BGH jeweils unter Heranziehung des § 2085 BGB); für die Prüfung unter Heranziehung von § 139 BGB: *RGKG/Johannsen* § 2085, 7; *Soergel/Siebert/Ehard/Eder* § 2085, 2; *Staudinger/Seybold*<sup>11</sup> § 2085, 1; unentschieden *Palandt/Keidel* § 2085, 1, der aber in § 2077, 1 A bbb dem BGH grundsätzlich zustimmt, und *Erman/Hense* § 2085, 1 f; für eine Zerlegung anhand faktischer Wertvorstellungen *Thielmann* S. 183, der im übrigen für eine Umdeutung nach § 140 BGB plädiert (vgl. aaO. S. 186 ff.).

<sup>34</sup> Zu Recht weist *Speckmann* NJW 1971, 924 darauf hin, daß sich ein Großteil der Gegenargumente der Literatur daraus erklären läßt, daß diese die Anwendung des § 138 BGB in solchen Fällen generell bekämpft. Damit kann man allerdings die Ansicht des BGH zum Problem der Teilnichtigkeit nicht fundiert ablehnen, zumal dieses sich ja in anderem Zusammenhang wiederum stellen kann. Kein Argument gegen die Annahme von Teilnichtigkeit ist es somit, wenn dem BGH vorgeworfen wird, er führe ein materielles Noterbrecht ein (so *Bosch* FamRZ 1963, 290, *Heldrich* S. 43; vom Ausgangspunkt des BGH wäre das Testament ja sonst totalnichtig) oder vorgebracht wird, das Pflichtteilsrecht genüge zur Abdeckung der Interessen der nahen Angehörigen (so *Husmann* NJW 1971, 408); vgl. auch Fn. 45.

<sup>35</sup> *Ramm* JZ 1970, 130; *Husmann* NJW 1971, 405.

<sup>36</sup> *Speckmann* NJW 1971, 925. Vgl. den Wortlaut des § 48 Abs. 2 TestG: „Eine Verfügung von Todes wegen ist nichtig, soweit sie in einer dem gesunden Volksempfinden gröblich widersprechenden Weise gegen Rücksichten verstößt, die ein verantwortungsbewußter Erblasser gegen Familie und Volksgemeinschaft zu nehmen hat.“

<sup>37</sup> So auch *Speckmann* NJW 1971, 925.

<sup>38</sup> *Reinicke* NJW 1969, 1345; *Husmann* NJW 1971, 409 f.

<sup>39</sup> Vgl. nur *Brox* Rdn. Erbrecht 259.

<sup>40</sup> Vgl. BGH LM Nr. 2 zu § 138 (Cd) BGB einerseits, wo der Erblasser die Geliebte neben

Aufrechterhaltung der nicht sittenwidrigen Teile von § 2085 BGB dem Grundsatz nach vorgesehen.

Freilich wird eine mit der Teilnichtigklärung einhergehende Schwierigkeit<sup>41</sup> durch die Rechtsprechung des BGH anschaulich illustriert. In einer frühen Entscheidung nimmt das Gericht an, die Geliebte hätte allenfalls zu gleichen Teilen wie jedes der Kinder eingesetzt werden dürfen.<sup>42</sup> Später erachtet es ein Testament nur als sittenwidrig, soweit die nächsten Verwandten auf den schuldrechtlichen Pflichtteilsanspruch verwiesen wurden, während eine Erbeinsetzung in gleicher Höhe für sittenkonform gehalten wird.<sup>43</sup> In einem anderen Urteil wird die Verfügung nur aufrechterhalten, soweit die Geschwister des Erblassers der Geliebten gegenüber zurückgesetzt wurden, nicht aber soweit der gesetzliche Erbteil der Ehefrau geschmälert wurde.<sup>44</sup> Das damit angesprochene Problem, ob sich nicht wegen des fehlenden Maßstabs eine Reduktion verbietet, kann im Endeffekt kein schlagkräftiges Argument gegen die Bejahung von Teilnichtigkeit sein. Die eigentliche Ursache der unterschiedlichen Ergebnisse liegt nämlich in den verschiedenen Maßstäben, mit denen der BGH das Sittenwidrigkeitsurteil begründet. Der daraus folgende Umfang der Sittenwidrigkeit ist ohne Schwierigkeiten feststellbar. Darf die Geliebte vor den Kindern nicht bevorzugt werden, so steht die Größe des zulässigen Erbteils fest. Dasselbe gilt, wenn man nur die Zurücksetzung der Ehefrau für sittenwidrig hält oder aber die Tatsache, daß sie nur einen schuldrechtlichen Anspruch statt der Miterbenstellung erhält. Ist also der Maßstab der guten Sitten geklärt,<sup>45</sup> so ergibt sich der aufrechtzuerhaltende Rest von selbst.

An der Sache vorbei geht das weitere Argument der Kritiker des BGH, durch die Konsequenz der Totalnichtigkeit solle der Richter zu einer vorsichtigeren Anwendung des § 138 BGB bei der Prüfung von Testamenten veranlaßt werden.<sup>46</sup> Erklärlich ist die Überlegung nur, wenn man damit eine Änderung der Rechtsprechung schon bezüglich des Eingreifens des § 138 BGB veranlassen will.<sup>47</sup> Das aber sollte

---

anderen eingesetzt hatte, weswegen Teilbarkeit angenommen wurde, und BGHZ 52, 17, 23 andererseits, wo die Geliebte als Alleinerbin vorgesehen war, weswegen nach *Reinicke* NJW 1967, 1345 und *Husmann* JZ 1970, 130 die Verfügung nur als ganze verworfen oder aufrecht erhalten werden könne.

<sup>41</sup> Damit begründet auch *Husmann* NJW 1971, 410 seine Einwände; dagegen *Speckmann* NJW 1971, 924 f.; *Thielmann* S. 182.

<sup>42</sup> BGH FamRZ 1963, 287, 289 f.

<sup>43</sup> BGHZ 52, 17, 23.

<sup>44</sup> BGHZ 53, 369, 383.

<sup>45</sup> Damit läßt sich der Einwand von *Husmann* NJW 1971, 410 entkräften, der den Erblasser Beratende werde überfordert, soweit sich H. mit diesem Argument gegen die Teilnichtigklärung richtet. Die Kautelarjurisprudenz wird immer mit der Grenzziehung Schwierigkeiten haben. Das Argument *Husmanns* richtet sich somit gegen die Anwendung des § 138 BGB als solche, nicht aber gegen die Teilnichtigkeit, die umgekehrt gerade von dem Standpunkt der Gegner einer Anwendung des § 138 BGB die unbilligsten Ergebnisse verhindert, vgl. *Speckmann* NJW 1971, 924 f.

<sup>46</sup> *Ramm* JZ 1970, 130; *Reinicke* NJW 1969, 1345.

<sup>47</sup> *Speckmann* JZ 1970, 402; *ders.* NJW 1971, 924.

durch andere Argumente geschehen als durch eine gar nicht nötige Verschärfung der für falsch gehaltenen Entscheidungen.

Als ausschlaggebend erweist sich im Ergebnis die Interessenlage, insbesondere die Berücksichtigung des Erblasserwillens. Da diesem soweit als möglich Geltung zu verschaffen ist,<sup>48</sup> ginge Totalnichtigkeit über das Ziel hinaus. Die Prävention gegen einen (auch bösgläubigen) Erblasser kann hier nicht als Rechtfertigung der Totalnichtigkeit dienen;<sup>49</sup> Gut- oder Bösgläubigkeit bezüglich des Verstoßes gegen die guten Sitten würden in aller Regel auch auf kaum überwindbare Beweisschwierigkeiten stoßen. Demnach erfordert hier zwar nicht der Schutzzweck des § 138 BGB die partielle Aufrechterhaltung des Testaments; diese folgt aber aus dem Zweck der Vorschriften über die Testierfreiheit; das lassen auch die damit verknüpften Auslegungsvorschriften wie z. B. §§ 2084 f. BGB erkennen.

### III. Insbesondere: Der Wucher

Die Problematik eines anstößigen Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung kann an verschiedene Prüfungsmaßstäbe angeknüpft werden. Die Frage soll hier im Zusammenhang erörtert werden, da ihr Schwerpunkt nach wie vor bei der Anwendung des § 138 Abs. 2 BGB liegt.

1. a) Bekanntester Fall des § 138 Abs. 2 BGB ist der Kreditwucher. Die ganz überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur sehen das wucherische Geschäft als nichtig an.<sup>50</sup> Freilich hat das RG in der bekannten Entscheidung des Großen Senats nicht ausgesprochen, daß Totalnichtigkeit die notwendige Folge sei. Die Nichtigkeit des Vertrages stand vielmehr bereits rechtskräftig fest, die Frage einer Reduktion konnte somit nicht mehr erörtert werden.<sup>51</sup> Auch der BGH hat die Problematik einmal ausdrücklich offengelassen.<sup>52</sup>

In jüngerer Zeit wird zwar zunehmend § 138 Abs. 1 BGB als Prüfungsmaßstab herangezogen, ohne daß sich dadurch jedoch im hier interessierenden Zusammenhang ein Unterschied ergäbe. Sittenwidrigkeit eines Vertrages – so definiert durchgängig der BGH – sei gegeben, wenn zwischen den beiden Leistungspflichten ein auffälliges Mißverhältnis bestehe und sich der Begünstigte mindestens leichtfertig der Erkenntnis verschließe, daß sich der Partner nur aufgrund seiner wirtschaftlich schwächeren Lage auf die ihn beschwerenden Bedingungen einlasse. Für die Prüfung der Sittenwidrigkeit komme es auf eine umfassende Würdigung der Umstände

<sup>48</sup> Vgl. oben § 6 Fn. 5 und *Speckmann* JZ 1970, 402; *Kreft* Anm. zu BGH LM Nr. 16 zu § 138 (Cd) BGB.

<sup>49</sup> Vgl. auch *Husmann* NJW 1971, 407; *Ramm* JZ 1970, 130.

<sup>50</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 3, die sich größtenteils ausdrücklich auf den Verstoß gegen das Wucherverbot beziehen; s. auch die dort angegebenen abweichenden Ansichten; vgl. freilich die Ausnahme BGH LM Nr. 8 zu § 139 BGB (2 Abreden), sowie grundsätzlich schon *Oertmann* § 138 C5 (2 Abreden).

<sup>51</sup> RGZ 161, 52, 55; *Hoff* AcP 156, 484.

<sup>52</sup> BGH LM Nr. 8 zu § 139 BGB bei der Prüfung der Frage, ob § 139 BGB auch bei sittenwidrigen Verträgen Anwendung finden kann.



des gesamten Geschäfts an.<sup>53</sup> Eng damit zusammen hängt die Frage, ob ein Verstoß zur Total- oder Teilnichtigkeit führt, wobei die Meinung des BGH schwankt. Können die Sittenwidrigkeit durch Nichtigerklärung einer Klausel beseitigt werden, so trete Teilnichtigkeit ein;<sup>54</sup> anders sei aber zu entscheiden, wenn eine Abgrenzung nicht möglich sei, insbesondere die Gesamtbelastung nicht zuverlässig beurteilt werden könne.<sup>55</sup> Insofern sei auf die Grundsätze zurückzugreifen, die bei nichtigen AGB mangels hinreichender Bestimmtheit des restlichen Vertrages zur Nichtigkeit der Gesamtabrede führten.<sup>56</sup> Freilich hat das Gericht auch bei Abtrennbarkeit der sittenwidrigen Regelung – z. B. einer Bestimmung für den Verzugsfall – Totalnichtigkeit angenommen, obwohl erst die Belastung im Verzug den Ausschlag für die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB ergab.<sup>57, 58</sup> Der BGH hat diese Abgrenzung später näher ausgeführt: Eine unbillige Regelung für den Verzugsfall habe Totalnichtigkeit des Vertrages zur Folge, wenn eine Verzögerung der Leistung nach dem Zahlungsverhalten des Kreditnehmers bei früheren Verträgen nahegelegen oder sich nach den bei Vertragsschluß erkennbaren Umständen als wahrscheinlich dargestellt habe.<sup>59</sup> Eine solche Differenzierung ist aber abzulehnen. Dem Interesse des Kreditnehmers ist durch die (eventuell teilweise) Verwerfung der Klausel hinreichend Rechnung getragen; umgekehrt behält er so seinen Anspruch auf die Überlassung des Darlehens. Die Unterscheidung des BGH ist zudem dermaßen unscharf, daß die Unterschiede in der Rechtsfolge dadurch kaum begründbar erscheinen. Insbesondere bei Verwendung von AGB spricht auch die Kodifizierung der abstrakten Unterlassungsklage – bei der solchen Umständen des Einzelfalls nicht Rechnung getragen werden könnte – dafür, daß der Schutz des Kreditnehmers durch Verwerfung einzelner Klauseln, nicht aber des gesamten Vertrages, gewährleistet werden soll.

---

<sup>53</sup> BGH NJW 1979, 805, 807; 1979, 808; 1979, 2089; 1979, 2092, 2093; 1980, 445, 446; 1980, 2074; 1980, 2076; 1981, 1206, 1208; WM 1981, 516, 517; ähnlich BGH NJW 1980, 1155, 1156 für einen finanzierten Kauf; LG Frankfurt NJW 1978, 1925, 1926; OLG Stuttgart NJW 1979, 2409, 2410, das bei Nichtangabe des Effektivzinses reduzieren will (2413).

<sup>54</sup> BGH NJW 1979, 805; 1979, 2092, 2093; 1980, 445, 446; so auch OLG Köln NJW 1979, 221, das deswegen eine Verzugsregelung als wucherisch bezeichnet, den Vertrag im übrigen aber aufrechterhält; vgl. auch BGH LM Nr. 8 zu § 139 BGB, wo nur eine von zwei die Gegenleistung festlegenden Abreden für sittenwidrig erachtet wurde, die andere aber bestehen blieb, da sie für sich allein nicht sittenwidrig sei, ablehnend dazu *Flume* II § 32 2d Fn. 20; anders aber (zum Bierlieferungsrecht) BGH WM 1970, 1188, 1191; vgl. unten IV 2.

<sup>55</sup> BGH NJW 1979, 805, 807; 1979, 2089, 2091; 1979, 2092, 2093; 1980, 445, 446.

<sup>56</sup> BGH NJW 1979, 805, 807 unter Berufung auf BGHZ 51, 55 und 68, 204; vgl. auch oben § 8 II 1 a.

<sup>57</sup> BGH NJW 1979, 808, 809; 1979, 2089, 2091; 1979, 2092, 2093; in den beiden letztgenannten Entscheidungen wird ausschlaggebend auf die unübersichtliche Regelung für den Fall der Zahlungsverzögerung abgestellt. Nicht erörtert wurde die Frage der teilweisen Aufrechterhaltung in BGH NJW 1980, 2074; 1980, 2076.

<sup>58</sup> Zu Recht kritisch daher *Löwe* NJW 1980, 2079; gegen ihn (allerdings ohne Begründung) BGH NJW 1981, 1206, 1210; WM 1981, 516, 517.

<sup>59</sup> BGH WM 1981, 516, 517 f.; daß es sonst nur zur Verwerfung der Klausel kommt, hat der BGH nicht ausgesprochen, liegt aber in der Konsequenz seiner Entscheidung.

b) Totalnichtigkeit erweist sich nämlich im Ergebnis als problematische Lösung, kann sie doch mit dem Schutzzweck des § 138 BGB kollidieren, da dem Bewucherten bzw. sittenwidrig Übervorteilten der Vertrag und die darauf basierenden Rechte genommen werden. Es hat daher nie an Stimmen gefehlt, die eine Korrektur generell<sup>60</sup> oder im Einzelfall gefordert haben;<sup>61</sup> zumindest wurde eine abweichende Regelung de lege ferenda befürwortet.<sup>62</sup>

c) Dem zu folgen, sah die h. M. bisher keinen Anlaß. Hinreichenden Schutz scheint nämlich § 817 Satz 2 BGB zu gewähren, der trotz seines Wortlauts nach weitgehend übereinstimmender Ansicht auch bei einseitigem Sittenverstoß des Leistenden gilt.<sup>63</sup> Zunächst sah sich die Rechtsprechung umgekehrt vor das Problem gestellt, daß § 817 Satz 2 BGB bei weiter Auslegung des Leistungsbegriffs dem Darlehensgeber auch die Rückforderung der Valuta unmöglich macht. Nahm man dieses Ergebnis ursprünglich noch hin,<sup>64</sup> so erfolgte mit der Entscheidung des Großen Senats des RG eine Beschränkung des Leistungsbegriffs im Sinne von § 817 Satz 2 BGB auf die im Synallagma stehende Verpflichtung; die Übereignung des Geldes fällt also nicht darunter.<sup>65</sup> Dem haben Rechtsprechung und Literatur fast ausnahmslos zugestimmt.<sup>66</sup> In dieser Interpretation verhindere § 817 Satz 2 BGB eine übermäßige Begünstigung des Bewucherten, die vorläge, wenn er die Valuta behalten dürfte,<sup>67</sup> aber auch seine Rechtlosstellung, die einträte, falls er das Darlehen sofort zurückzahlen müßte.<sup>68</sup> § 817 Satz 2 BGB wirke somit bezüglich der Kapitalüberlassung, wie wenn der Vertrag bestünde; es wird teilweise davon gesprochen, daß er den Rechtsgrund ersetze.<sup>69</sup> Das führt in neueren Entscheidungen dazu, daß einerseits ausdrücklich die bereicherungsrechtliche Abwicklung bestätigt wird, an-

<sup>60</sup> Rühle S. 70.

<sup>61</sup> *Enneccerus/Nipperdey* § 192 III 3; *Lange/Köhler* § 54 IV 2.

<sup>62</sup> *Enneccerus/Nipperdey* § 192 III 3 Fn. 20; Rühle S. 64; *Bender* NJW 1980, 1134 jeweils für eine Modifizierung im Sinne eines Wahlrechts; *von Tuhr* II 2 § 70 III; *Lehmann/Hübner* § 29 IV 4 = S. 203 jeweils im Sinne der Beschränkung der Nichtigkeit auf das Übermaß; so wohl auch *MünchKomm/Lieb* § 817, 17; *AK/Joerges* § 817, 10.

<sup>63</sup> Vgl. statt aller *Staudinger/Lorenz* § 817, 10 mwN.

<sup>64</sup> Vgl. z. B. RGZ 151, 71, 73f.

<sup>65</sup> RGZ 161, 52, 56f.; so schon OLG Dresden SeuffA 59 Nr. 81.

<sup>66</sup> Vgl. z. B. BGH WM 1956, 460; 1962, 606, 608; 1963, 834, 836; *Jauernig/Schlechtriem* § 817, 6; *Palandt/Thomas* § 817, 3c bb; *Erman/H. P. Westermann* § 817, 20; *Staudinger/Lorenz* § 817, 12; *Larenz* II § 69 IIIb; *Fikentscher* § 99 III 4; *Koppensteiner/Kramer* S. 76; *Medicus* Rdn. 609; *ders.*, *Gedächtnisschrift für Dietz* S. 62ff.; *Dauner* JZ 1980, 503; vorsichtig *MünchKomm/Lieb* § 817, 16; a. A. *Honsell* S. 23, 152; *Hoff* AcP 156, 496ff.; *Bufe* AcP 157, 228f.; AG Wangen NJW 1976, 2135, 2137, die Aufhebung durch LG Ravensburg NJW 1977, 684, 685 erfolgte nicht wegen dieser Ansicht.

<sup>67</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 66; insofern zustimmend auch *Honsell* S. 20.

<sup>68</sup> *Medicus* *Gedächtnisschrift für Dietz* S. 69; *Dauner* JZ 1980, 503; *Nolden* S. 55; *Sandrock* AcP 159, 536.

<sup>69</sup> BGH WM 1962, 606, 608; 1975, 128, 129. Darüber hinaus haben RGZ 161, 52, 58 und BGH LM Nr. 8 zu § 139 BGB eine Pflicht des Wucherers nach § 242 BGB bejaht, das Kapital gegen eine angemessene Vergütung weiterhin zu belassen, wenn sonst die Lage des Bewucherten unbillig erschwert würde.

dererseits der sittenwidrig Übervorteilte wegen seiner Schutzbedürftigkeit genauso gestellt wird, als er bei Gültigkeit des Vertrages stünde. Darüber hinaus hat das nach der Rechtsprechung zur Folge, daß auch die vertraglichen Regelungen als ausschlaggebend erachtet werden, wenn sie z. B. eine vorzeitige Beendigung des Darlehensvertrages ermöglicht hätten.<sup>70</sup>

In Konsequenz der bereicherungsrechtlichen Lösung verneint jedenfalls die Rechtsprechung einen Vergütungsanspruch des sittenwidrig Handelnden;<sup>71</sup> dem dürfte in aller Regel der Strafgedanke zugrunde liegen,<sup>72</sup> aber auch die Scheu vor richterlicher Vertragsgestaltung.<sup>73</sup> Demgegenüber plädiert ein zunehmend größer werdender Teil der Literatur für einen Anspruch auf Wertersatz der Nutzungsmöglichkeit des überlassenen Kapitals.<sup>74</sup> Die Begründungen hierfür schwanken: Die Mehrzahl der Autoren nimmt unter Ablehnung des Strafcharakters des § 817 Satz 2 BGB einen am Marktzins orientierten Wertersatz aufgrund einer Leistungskondiktion (§§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, 818 Abs. 2 BGB) an,<sup>75</sup> andere plädieren für die Nichtleistungskondiktion, der § 817 Satz 2 BGB konsequenterweise nicht entgegenstehe.<sup>76</sup>

d) Der zuletzt referierte Streit legt schon die Vermutung nahe, daß trotz der weitgehenden Übereinstimmung die bereicherungsrechtliche Abwicklung keines-

<sup>70</sup> BGH NJW 1979, 2089, 2091; im konkreten Fall führte das dazu, daß der Darlehensnehmer zur sofortigen Rückzahlung wegen einer Verzugsregelung verpflichtet war, obwohl diese Abrede mit anderen Klauseln zur Sittenwidrigkeit des gesamten Vertrages geführt hatte.

<sup>71</sup> RGZ 151, 52, 57 f.; BGH WM 1959, 566, 567; 1962, 606, 608 (dort war freilich bezüglich einer selbständigen, für sich allein nicht sittenwidrigen Leistung die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB auf den Anspruch auf Wertersatz abgelehnt worden); 1975, 128, 129; zustimmend Palandt/Thomas § 817, 3 c bb; Erman/H. P. Westermann § 817, 20; Soergel/Lippisch/Häuser vor § 607, 16; Esser/Weyers II 2 § 49 IV 3.

<sup>72</sup> Vgl. Staudinger/Lorenz § 817, 12.

<sup>73</sup> Erman/H. P. Westermann § 817, 20; Dauner JZ 1980, 504 ff.

<sup>74</sup> Medicus Rdn. 700; ders. Gedächtnisschrift für Dietz S. 71 ff., 74; Koppensteiner/Kramer S. 77; Larenz II § 69 III b = S. 562 Fn. 3; Flume II § 18 10f; Staudinger/Lorenz § 817, 12; Zimmermann S. 174; Rühle S. 70; Staudinger/Coing<sup>11</sup> § 138, 41 für den Fall, daß der Bewucherte das Kapital weiterhin in Anspruch nimmt, dazu ablehnend Flume aaO. Fn. 93; Münch-Komm/Lieb § 817, 17 (mit Tendenz zur sittenkonformen Restriktion).

<sup>75</sup> Staudinger/Lorenz § 817, 12; Larenz § 69 IIIb (= S. 562 Fn. 3); Medicus Rdn. 700; ders. Gedächtnisschrift für Dietz S. 75; Koppensteiner/Kramer S. 77; Canaris WM 1981, 985 für den Fall, daß sich die Bank der Sittenwidrigkeit nicht bewußt war; zu BGHZ 63, 365, 368, das in diesem Zusammenhang häufig zitiert wird, vgl. unten § 18 I 3 mit Fn. 11. – Konstruktiv dürfte dies freilich kaum zu bewältigen sein; die zitierten Literaturstellen stellen demgemäß in der Regel auf Wertungen ab. Wenn man nämlich § 817 Satz 2 BGB für unanwendbar hält, so muß das nicht nur bezüglich der Herausgabe der Nutzungen (so Canaris WM 1981, 985 f.), sondern auch hinsichtlich der Nutzungsmöglichkeit gelten; vgl. zu diesen konstruktiven Fragen sogleich im Text.

<sup>76</sup> Flume II § 18 10f.: „Besonders interessanter Fall der Bereicherung in sonstiger Weise“; Zimmermann S. 174; wohl auch AK/Joerges § 817, 10. Die Annahme einer Nichtleistungskondiktion ist schon deswegen falsch, weil der zeitweise Ausschluß des Rechts, die Valuta zurückzufordern, auf der Leistung der Nutzungsmöglichkeit durch den Wucherer beruht, deren Rückforderung § 817 Satz 2 BGB nach der geschilderten Ansicht entgegensteht. Die Nutzungsmöglichkeit kann daher nicht in sonstiger Weise erlangt sein.

wegs so unproblematisch ist, wie sie generell dargestellt wird. Bei näherer Betrachtung zeigen sich in mehrfacher Hinsicht Bedenken.

(1) Nicht zu helfen vermag die Konstruktion über § 817 Satz 2 BGB, wenn die Valuta noch nicht ausbezahlt ist. Es liegt dann jedenfalls keine Leistung des Wuchers vor, deren Rückforderung nach § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen sein könnte. Das ist zwar vom System des Bereicherungsrechts her konsequent, führt aber zur Rechtlosstellung des Darlehensnehmers, ohne daß sich von seinem Schutzbedürfnis her ein überzeugender Differenzierungsgrund ergäbe. Insbesondere kann die Rechtsfolge nicht damit begründet werden, die Rechtsordnung bevorzuge den Besitzenden, der seinen Besitz im Rahmen eines gesetz- bzw. sittenwidrigen Vertrages erlangt habe.<sup>77</sup> Denn der Sittenverstoß liegt einseitig beim Darlehensgeber, so daß von einer „par turpitudinis“ nicht gesprochen werden kann.<sup>78</sup>

(2) Die soeben gezeigte Unstimmigkeit mag noch auf die unterschiedliche Konstruktion des Gesetzes geschoben werden; das entscheidende Argument gegen die h. M. ergibt sich jedoch daraus, daß bei korrekter Anwendung des § 817 Satz 2 BGB die Darlehensvaluta in jedem Fall sofort zurückzuzahlen wäre.

(a) Vollzieht man die Konstruktion der h. M. nach, so steht § 817 Satz 2 BGB dem Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB entgegen, soweit die Möglichkeit der Kapitalnutzung geleistet ist. In der Übereignung liegt demnach sowohl die Einräumung des Eigentums und des Besitzes an dem Geld als auch die Leistung der Nutzungsmöglichkeit<sup>79</sup> – und zwar für die gesamte Darlehensdauer, denn nur dann kann § 817 Satz 2 BGB die Rückforderung vor Ende der vereinbarten Zeit verhindern. Die Norm verbietet ja nur die Rückforderung des Geleisteten.

Die letztgenannte Prämisse der h. M. – daß nämlich bei Übereignung der Valuta bereits auch die Nutzungsmöglichkeit für die gesamte Darlehensdauer geleistet sei –, ist aber nicht haltbar. Das zeigt sich einmal beim Darlehen auf unbestimmte Zeit. Hier steht noch nicht fest, wie lange die Nutzung dauern wird, sie kann daher auch noch nicht für die gesamte Laufzeit geleistet sein; eine solche Leistung wäre nicht bestimmt, ja nicht einmal bestimmbar. Völlig unklar wäre z. B., wie die nach h. A. mögliche analoge Anwendung des § 609 BGB<sup>80</sup> zu einem viel späteren Zeitpunkt soll festlegen können, welche Nutzungsmöglichkeit im Augenblick der Übereignung der Valuta geleistet wurde. Steht es dem Darlehensgeber – wie im oben referierten Fall<sup>81</sup> – nach Ansicht des BGH frei, sich auf die infolge Verzuges entstandene Rückzahlungspflicht des Darlehensnehmers jederzeit „zu berufen“, so wäre bei

<sup>77</sup> Staudinger/Lorenz § 817, 5 m. umf. Nachw. zum Streitstand.

<sup>78</sup> Vgl. Dauner JZ 1980, 502.

<sup>79</sup> Vgl. BGH WM 1962, 606, 608; daß auch Eigentum und Besitz geleistet ist, verkennt Dauner JZ 1980, 503 Fn. 112. Diese können nach h. M. trotz § 817 Satz 2 BGB zurückgefordert werden; vgl. Fn. 65 f.

<sup>80</sup> Staudinger/Lorenz § 817, 12; Medicus Rdn. 699.

<sup>81</sup> Vgl. BGH NJW 1979, 2089, 2091; ablehnend Canaris Bankrecht Rdn. 1315; s. dazu oben § 9 III 1 a. OLG Hamm NJW 1981, 877, 878: § 817 Satz 2 BGB hindert die Rückforderung nur bis zu dem Zeitpunkt, an dem nach der Verfallklausel des nichtigen Vertrages die Valuta fällig geworden wäre.

Auszahlung des Geldes bis zu diesem Zeitpunkt die Nutzungsmöglichkeit geleistet, obwohl noch gar nicht bekannt ist, wann der Darlehensgeber von der Möglichkeit Gebrauch machen wird, worin folglich der Vermögenszuwachs des Bewucherten besteht.

Die h. M. erkennt den Leistungsbegriff beim Dauerschuldverhältnis. Bei diesem ist nämlich nicht bereits bei Übereignung und/oder Einräumung des Besitzes die Nutzungsmöglichkeit für die gesamte Vertragsdauer geleistet, sondern nur diejenige für den jeweils zurückgelegten Zeitraum.<sup>82</sup> Beim Darlehen mit fester Laufzeit z. B. hat nach der Hälfte der vereinbarten Dauer der Darlehensgeber erst die Hälfte der vereinbarten Leistung erbracht.

Das wird deutlich, wenn man zum Vergleich einen nicht sittenwidrigen Darlehensvertrag heranzieht. Hier hat der Darlehensgeber mit der Übereignung des Geldes keineswegs bereits vollständig erfüllt; vielmehr tritt Erfüllung jeweils nur für die Vergangenheit ein.<sup>83</sup> Sonst nämlich könnte es keine teilweise Unmöglichkeit durch Nichterfüllung während einer gewissen Zeitspanne geben.<sup>84</sup> Dagegen spricht auch nicht, daß der Darlehensgeber nicht mehr „aktiv“ werden muß; auch bei Unterlassungspflichten tritt die Erfüllung jeweils nur für den vergangenen Zeitraum ein.<sup>85</sup> Freilich hat der BGH bei einem schenkweise überlassenen Dauerwohnrecht die Bewirkung im Sinne von § 518 Abs. 2 BGB<sup>86</sup> bereits mit Übergabe angenommen.<sup>87</sup> Hiergegen wendet sich aber die ganz überwiegende Meinung in der Literatur, und zwar zu Recht, da weiterhin für die Zukunft Gewährung und Duldung der Nutzung geschuldet wird.<sup>88</sup> Die Meinung der Rechtsprechung führt im übrigen nur dazu, daß zur Bewirkung die *Leistungshandlung* ausreicht; der *Leistungserfolg* – und damit die Bereicherung des Empfängers – tritt jedenfalls erst später ein, nämlich mit Ablauf des jeweiligen Erfüllungszeitraums.<sup>89</sup>

Erfüllung im Sinne von § 362 Abs. 1 BGB und Leistung im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB entsprechen sich aber, zumindest soweit es um den ersten Leistungszweck – *solvendi causa* – geht. Denn der Bereicherungsausgleich über die

<sup>82</sup> Hoff AcP 156, 497, 501, der allerdings die Folge der sofortigen Rückforderbarkeit der Valuta hinnehmen zu können glaubt, daneben aber auch für eine sittenkonforme Reduktion plädiert (aaO. S. 506).

<sup>83</sup> RGZ 155, 306, 314; Wiese Festschrift für Nipperdey I S. 846 ff.; *Enneccerus/Nipperdey* § 222 II 3; *Beuthien* S. 271.

<sup>84</sup> Vgl. statt vieler Wiese Festschrift für Nipperdey I S. 840 mit umf. Nachw.

<sup>85</sup> Vgl. statt vieler Wiese Festschrift für Nipperdey I S. 849.

<sup>86</sup> Vgl. dazu MünchKomm/Kohlhosser § 518, 11 ff. mwN. auch zur Gegenmeinung, die nicht den Leistungserfolg, sondern nur die Leistungshandlung fordert, also den Zeitpunkt der Bewirkung früher ansetzt.

<sup>87</sup> BGH NJW 1970, 941, 942; WM 1970, 1247, 1248; LG Köln NJW 1973, 1880, 1881; zustimmend Palandt/Putzo § 518, 5 a dd; Erman/Seiler § 518, 7.

<sup>88</sup> RGRK/Mezger § 518, 4; MünchKomm/Kohlhosser § 518, 17; Staudinger/Reuss § 518, 21; Larenz II § 47 I a. E.; D. Reinicke NJW 1970, 1449; wohl auch Jauernig/Vollkommer § 518, 3 b dd; Soergel/Mühl § 518, 7.

<sup>89</sup> Vgl. MünchKomm/Kohlhosser § 518, 17, der betont, daß nach beiden Ansichten für die Zukunft noch nicht voll erfüllt ist.

Leistungskondition erfolgt immer dann, wenn bei Vorliegen eines Rechtsgrundes Erfüllung eingetreten wäre.<sup>90</sup> Wäre aber ein wirksamer Darlehensvertrag noch nicht (vollständig) erfüllt, so kann auch bei einer nichtigen Abrede von einer (vollständigen) Leistung der im Synallagma stehenden Pflicht keine Rede sein.

Ist demnach die Nutzungsmöglichkeit noch nicht zur Gänze, sondern nur für die Vergangenheit geleistet, so vermag § 817 Satz 2 BGB die sofortige Rückforderung der weiteren Nutzungsmöglichkeit und damit des Kapitals nicht zu verhindern.

(b) Man könnte dieses Ergebnis allenfalls dadurch vermeiden, daß man mit der früher h. A. das Darlehen als einen einseitig verpflichtenden Vertrag auffaßt, bei dem die Pflicht des Darlehensgebers mit der in der Auszahlung liegenden Überlassung abgeschlossen sei und nur noch die Gegenleistung des Darlehensnehmers geschuldet werde.<sup>91</sup> Das widerspräche nicht nur der heute ganz h. M.,<sup>92</sup> sondern ließe auch außer acht, daß zu den Voraussetzungen des Sittenwidrigkeitsurteils ja unter anderem gerade gehört, daß Leistung und Gegenleistung in einem auffallenden Mißverhältnis stehen.<sup>93</sup> Ein einseitig verpflichtender Vertrag wie z. B. eine Schenkung<sup>94</sup> kann allenfalls wegen der Art seines Zustandekommens, nicht aber wegen der Disproportionalität der Leistungspflichten sittenwidrig sein.<sup>95</sup> Damit fehlte es an der Sittenwidrigkeit, der Weg über § 817 Satz 2 BGB wäre von vornherein versperrt.<sup>96</sup>

Schon aus dem zuletzt genannten Grund verbietet es sich auch, als Leistung im Sinne des § 817 Satz 2 BGB *nur* die Übereignung des Geldes anzusehen, weil auch damit der synallagmatische Charakter des verzinslichen Darlehens verkannt würde.

(c) Es bliebe als Ausweg, *auch* die Übereignung des Geldes unter § 817 Satz 2 BGB fallen zu lassen. Dagegen sprechen aber all die Gründe, die die h. M. veranlaßt haben, den Leistungsbegriff des § 817 Satz 2 BGB einzuschränken.<sup>97</sup> Gerade wegen der nicht eindeutigen Grenzziehung durch die Rechtsprechung, wann der gesamte Vertrag sittenwidrig ist oder aber unter Ausscheidung einer Klausel im übrigen aufrechterhalten bleibt, wäre die in der Versagung des Rechtsschutzes liegende Straffolge nicht mehr proportional zum Sittenverstoß.

Umgekehrt ginge es aber auch nicht an, den Darlehensnehmer zur sofortigen Rückzahlung zu verpflichten, da sich sonst das Wucherverbot gegen den zu Schützenden kehren würde.<sup>98</sup> Damit zeigt sich, daß die h. M. schon vom Ansatz her nicht

<sup>90</sup> *Beuthien* S. 284.

<sup>91</sup> *Oertmann* vor § 607, 5 a; *Enneccerus/Lehmann* § 142 I.

<sup>92</sup> RGZ 161, 52, 56; *Palandt/Putzo* vor § 607, 1 b; RGRK/*Ballhaus* vor § 607, 7 f.; Münch-Komm/H. P. *Westermann* vor § 607, 5; *Larenz* II § 51 I; *Esser/Weyers* II 1 § 26 II 2; *Canaris* Bankrecht Rdn. 1282 f.; wohl auch BGH WM 1962, 112, 114.

<sup>93</sup> Vgl. § 138 Abs. 2 BGB und die Nachw. oben Fn. 53.

<sup>94</sup> Vgl. statt vieler *Palandt/Heinrichs* vor § 145, 2 a.

<sup>95</sup> Vgl. *Staudinger/Dilcher* § 138, 98; *Erman/Brox* § 138, 11 mwN.

<sup>96</sup> Wenn *Erman/Schopp* vor § 607, 1 das Darlehen zum Teil als einseitiges Geschäft oder als zweiseitig verpflichtenden Vertrag ansieht, so hätte das zur Folge, daß ein so eingeordnetes Rechtsgeschäft nicht wegen der Disproportionalität der Leistungen sittenwidrig sein könnte; das zeigt die Schwäche dieser Theorie.

<sup>97</sup> Vgl. oben § 9 III 1 c mit Fn. 65, 66 und 67.

<sup>98</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 68.

befriedigen kann. Die Lösung kann nur in der sittenkonformen Aufrechterhaltung gefunden werden.<sup>99</sup>

2. So ist es auch nicht verwunderlich, daß in der Parallelproblematik des Mietwuchers seit langem von der ganz überwiegenden Meinung anders als beim sittenwidrigen Darlehen entschieden wird. Freilich fällt auf, daß nicht nur die Ergebnisse, sondern auch die dogmatischen Anknüpfungspunkte gegenüber dem Kreditwucher differieren.<sup>100</sup>

a) Rechtsprechung und Literatur greifen in aller Regel nicht auf § 138 BGB zurück, sondern auf § 134 BGB iVm. § 5 WiStG bzw. seine Vorgänger und § 302a StGB. § 5 WiStG soll den „Sozialwucher“, § 302a StGB den „Individualwucher“ bekämpfen,<sup>101</sup> wobei letzterer ein erheblich schwerer wiegendes Mißverhältnis zwischen den beiden Leistungspflichten voraussetzt.<sup>102</sup> Im Ergebnis aber herrscht nahezu Übereinstimmung, daß trotz des Verstoßes gegen eine der genannten Vorschriften der Mietvertrag im übrigen aufrechtzuerhalten sei, insbesondere auch die Pflicht zur Zahlung der Miete in nicht sittenwidriger Höhe bestehe.<sup>103</sup> Im Fall des § 5 WiStG spricht dafür schon § 8 WiStG, der die Abschöpfung des *Mehrerlöses* anordnet. Das ist nur dann konsequent, wenn es jedenfalls auch Fälle gibt, in denen der Vertrag nicht als ganzer nichtig ist.<sup>104</sup> Dann aber ist es wenig sinnvoll, aus § 5 WiStG den Gegenschuß zu ziehen und für den Fall des Individualwuchers (§ 302a StGB) Totalnichtigkeit anzunehmen.<sup>105</sup> Denn auch hier geht es um das Schutzbedürfnis des

<sup>99</sup> Vgl. unten §§ 18 II 2b, 20 III.

<sup>100</sup> Vgl. dazu den detaillierten Überblick auch zur geschichtlichen Entwicklung bei Zimmermann S. 32 ff.

<sup>101</sup> Vgl. LG Köln NJW 1965, 157, 159; Zimmermann S. 34 f.

<sup>102</sup> Vgl. statt vieler Soergel/Kummer § 535, 21 ff.

<sup>103</sup> LG Köln NJW 1965, 157, 159; LG Hamburg NJW 1971, 1411, 1412; DWW 1977, 164, 165; LG Mannheim WuM 1975, 172, 173; 1976, 68, 70; NJW 1977, 1729, 1731; LG Heidelberg WuM 1977, 32, 33; OLG Hamburg ZMR 1968, 168; OLG Stuttgart NJW 1981, 2365; AG Münster WuM 1969, 148, 149; AG München WuM 1978, 104; a. A. LG Mannheim WuM 1972, 200, 201 für den Fall, daß die Wohnung noch nicht bezogen ist; jeweils für § 5 (bzw. § 2a und § 2b a. F.) WiStG.

LG Düsseldorf ZMR 1962, 299; a. A. (wohl) LG Ulm ZMR 1964, 111, 112; jeweils für § 138 Abs. 2 BGB bzw. § 302a (bzw. § 303e a. F.) StGB.

Die Literatur differenziert zumeist nicht nach dem Verbotsgehalt; vgl. Staudinger/Emmerich vor § 535 f., 156; Palandt/Heinrichs § 138, 4c; Staudinger/Dilcher § 134, 20; RGRK/Gelhaar vor § 535, 49; Soergel/Kummer § 535, 26 f., der aber aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall auch Gesamtnichtigkeit annimmt; Rühle S. 66 mwN. in Fn. 66 zur Rechtsprechung des RG; Schmidt-Futterer S. 316; ders. JR 1972, 136 f.; Schmidt-Futterer/Blank D 18; Sternel III 22; Lutz DWW 1963, 135; Weimar DB 1963, 439; Glaser ZMR 1966, 98; Hoppmann BGRBWR 1965, 155; Rinck Rdn. 382; differenzierend zwischen § 5 WiStG (Teilnichtigkeit) und § 138 Abs. 2 BGB (Totalnichtigkeit) Hans Anhang zu § 535 B 7d; vgl. auch BGH LM Nr. 8 zu § 134 BGB, wo bei Vermietung eines Lichtspieltheaters unter Verstoß gegen eine Preisstoppperordnung Totalnichtigkeit angenommen wurde, s. zu dieser Entscheidung oben § 8 II 3c.

<sup>104</sup> LG Köln NJW 1965, 157, 159; LG Hamburg NJW 1971, 1411, 1412.

<sup>105</sup> So aber LG Köln NJW 1965, 157, 159; wohl auch LG Hamburg NJW 1971, 1411, 1413; AG Münster WuM 1969, 148, 149; unklar OLG Hamburg ZMR 1968, 198.

Mieters, dem nicht wegen des Verstoßes seines Vermieters gegen ein Schutzgesetz das Recht genommen werden darf, die Nutzungsmöglichkeit an der Mietsache zu verlangen.<sup>106</sup> Es kommt hinzu, daß eine exakte Unterscheidung zwischen Sozial- und Individualwucher nicht gezogen werden kann; zudem ist in aller Regel auch Individualwucher nur bei einer entsprechend schlechten Wohnungsverorgung der Bevölkerung möglich.<sup>107</sup>

b) Damit stellt sich freilich das Problem, wie ein Verstoß eines Mietvertrages gegen § 138 Abs. 2 BGB sanktioniert werden soll. Ohne hier näher auf die Problematik der angeblichen Subsidiarität des § 138 Abs. 2 BGB gegenüber § 134 BGB eingehen zu müssen,<sup>108</sup> läßt sich jedenfalls vom Schutzbedürfnis her nicht differenzieren, zumal § 302a StGB und § 138 Abs. 2 BGB von den Tatbestandsvoraussetzungen her identisch sind. Ebensowenig ist es überzeugend, aus dem Vorbehalt in § 134 Halbsatz 2 BGB zu schließen, daß ein Verstoß gegen § 134 BGB andere Rechtsfolgen nach sich zöge als eine Verletzung der guten Sitten.<sup>109</sup> Das gilt um so mehr, als sich der Weg über § 817 Satz 2 BGB wie beim Kreditwucher als unbegehrbar erweist,<sup>110</sup> wobei hinzukommt, daß diese Norm zumindest nach der Rechtsprechung auf den Herausgabeanspruch nach § 985 BGB gar nicht anwendbar sein soll.<sup>111</sup>

c) Zu Recht wird allerdings von den Gegnern<sup>112</sup> der h. M. die dogmatische Konzeptlosigkeit gerügt, die sich insbesondere bei der Anwendung des § 139 BGB in diesem Zusammenhang zeigt. Teilweise wird § 139 BGB als Beleg für die Aufrechterhaltung herangezogen,<sup>113</sup> teilweise als widerlegt erachtet,<sup>114</sup> in anderen Entscheidungen fehlt der Hinweis auf § 139 BGB völlig.<sup>115</sup> Andererseits darf man wegen der soeben dargestellten Interessenlage und wegen des Schutzbedürfnisses des Mieters nicht die Lösung als Ganzes verwerfen.<sup>116</sup> Aus diesen Gründen kann es auch auf den

<sup>106</sup> LG Düsseldorf ZMR 1962, 295.

<sup>107</sup> Zimmermann S. 39 mwN.

<sup>108</sup> Vgl. dazu vorläufig MünchKomm/Mayer-Maly § 134, 4; Staudinger/Dilcher § 138, 106 und unten § 14 II 2c.

<sup>109</sup> Vgl. aber z. B. LG Hamburg NJW 1965, 157, 159; Weimar ZMR 1963, 195.

<sup>110</sup> Vgl. oben § 9 III 1 d.

<sup>111</sup> Vgl. statt vieler MünchKomm/Lieb § 817, 24 ff.; Staudinger/Lorenz § 817, 14 jeweils m. umf. Nachw.

<sup>112</sup> Zimmermann S. 40 f., der das Problem bereicherungsrechtlich lösen will, vgl. unten § 12 I.

<sup>113</sup> Vgl. z. B. LG Mannheim WuM 1975, 172, 173; NJW 1977, 1729, 1730; LG Hamburg DWW 1977, 164, 165.

<sup>114</sup> LG Hamburg NJW 1971, 1411; LG Mannheim WuM 1976, 68, 70; Schmidt-Futterer/Blank D 18; Sternel III 22; Soergel/Kummer § 535, 26.

<sup>115</sup> LG Köln NJW 1965, 157, 159; OLG Hamburg ZMR 1968, 198; OLG Stuttgart NJW 1981, 2365; AG Münster WuM 1969, 148, 149; LG Heidelberg WuM 1977, 32, 33; AG München WuM 1978, 104; Rühle S. 66.

<sup>116</sup> Vgl. Mayer-Maly Gedächtnisschrift für Gschnitzer S. 284; a. A. aber Hans Anhang nach § 535 B 7 d; sein Argument, der Vermieter werde aus Angst vor einer Bestrafung mit dem Mieter einen neuen Mietvertrag zu ortsüblichen Konditionen abschließen, vermag freilich nicht zu überzeugen, da die Straftat bereits begangen ist.



(hypothetischen) Parteiwillen nicht ankommen. Auch und gerade wenn der Vermieter sich darauf beruft, er hätte zu dem niedrigeren Zins nicht abgeschlossen, ändert das an der Gültigkeit des Vertrages in aller Regel nichts;<sup>117</sup> der Schutz des Mieters darf nicht von dem Willen des Vermieters abhängen.

Auch ein weiteres Problem ist innerhalb der h. M. völlig ungeklärt. Ein Teil der Gerichte reduziert die Miete auf das gerade noch erträgliche Maß,<sup>118</sup> andere plädieren für eine angemessene, d. h. durchschnittliche Höhe,<sup>119</sup> während Dritte auf die Mitte der beiden Maßstäbe zurückgreifen.<sup>120</sup> Ohne hier bereits auf die Lösung genauer eingehen zu können,<sup>121</sup> so lassen die oben gezeigten vorrangigen Gesichtspunkte doch erkennen, daß auch an diesem Problem die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht scheitern darf.

3. Im Ergebnis kommt die h. M. auch bei wucherischen Arbeitsverhältnissen zu einer – freilich nur zeitweisen – Gültigkeit des Vertrages. Vor allem soll dies nach den Grundsätzen des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses nur für die Vergangenheit gelten, während für die Zukunft eine jederzeitige Auflösung möglich bleibt.<sup>122</sup> Im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses tritt dann die nach § 612 Abs. 2 BGB zu bestimmende Vergütung an die Stelle der nichtigen Vereinbarung.<sup>123</sup> Außer Betracht bleibt bei einer solchen Lösung freilich das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes; diesem Bedürfnis kann über die Konstruktion des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses nicht Rechnung getragen werden. Auch hier liegt eine sinnvolle Lösung nur in einer gesetzeskonformen Ergänzung des Vertrages.

4. Obwohl Art. 30 EGBGB ebenfalls auf die guten Sitten und das Wucherverbot recurriert, wird dort von der Rechtsprechung Teilnichtigkeit akzeptiert. Der BGH hat einen dem amerikanischen Recht unterliegenden Anwaltsvertrag, der eine Erfolgsbeteiligung von 35% einer erstrittenen Unterhaltsrente vorsah, als einen Verstoß gegen den *ordre public* gewertet. Er ließ dabei ausdrücklich offen, ob neben einer Kollision mit dem Zweck der §§ 844 Abs. 2, 1360ff., 1610ff. BGB, 13 Abs. 3

<sup>117</sup> *Weimar* DB 1963, 439.

<sup>118</sup> LG Düsseldorf ZMR 1962, 299; LG Hamburg DWW 1977, 164, 165; wohl auch LG Köln NJW 1965, 157, 160.

<sup>119</sup> AG Münster WuM 1969, 148, 149; LG Hamburg NJW 1971, 1411, 1412; LG Heidelberg WuM 1977, 32, 33; OLG Stuttgart NJW 1981, 2365; AG München WuM 1978, 104; *Weimar* ZMR 1963, 195; *Glaser* ZMR 1966, 98; *Schmidt-Futterer* JR 1972, 137.

<sup>120</sup> LG Mannheim WuM 1976, 68, 70 (ortsübliche Miete und eine „Bandbreite“ von 10%); NJW 1977, 1729, 1731 (10% über der ortsüblichen Vergleichsmiete, der Verstoß gegen § 5 WiStG wurde bei einer Überschreitung von 20% angenommen).

<sup>121</sup> Vgl. dazu unten § 20 III.

<sup>122</sup> Vgl. statt vieler MünchKomm/Kramer Einl. vor § 241, 67 mwN.; vgl. auch die Darstellung bei *Sack* RdA 1975, 173; a. A. *Hueck/Nipperdey* § 32 II 2; vgl. auch die Rechtslage bei Verstoß gegen eine zwingende Norm des Arbeitnehmerschutzes, wo die h. M. anders entscheidet, s. dazu die Darstellung oben § 8 II 3 a.

<sup>123</sup> BAG AP Nr. 2 zu § 138 BGB; *Ermann/Brox* § 138, 26; MünchKomm/Schaub § 612, 2; *ders.*, § 35 I 3; differenzierend nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung *Käßer* S. 131 ff.; anders auch *Sack* RdA 1975, 181, der den Lohn zusprechen will, der an der Untergrenze des Zulässigen liegt.

GKG auch ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege. Dennoch sei dem Anwalt zuzubilligen, was eben noch vertretbar erscheine. Demzufolge sprach das Gericht eine Beteiligung von 20% des Erstrittenen für 10 Jahre zu.<sup>124</sup>

#### IV. Insbesondere: Überlange Bindungszeiträume

Neben der Problematik der übermäßigen Gegenleistung und eng mit ihr verknüpft steht die Frage, ob überlange Bindungszeiträume in gegenseitigen oder einseitig verpflichtenden Verträgen auf ein sittenkonformes Maß reduziert werden können. Relevant wird dies insbesondere bei Bierlieferungsverträgen und Ankaufverpflichtungen im Rahmen von Erbbaurechtsverträgen.

1. Auch hier vermeidet ein Teil der obergerichtlichen Entscheidungen bereits das Verdikt der Sittenwidrigkeit, indem durch Auslegung,<sup>125</sup> Herabsetzung der Bindungsdauer gemäß § 242 BGB<sup>126</sup> bzw. Zuerkennung eines Rechts zur außerordentlichen Kündigung<sup>127</sup> schon der Vertragsinhalt entsprechend festgestellt bzw. modifiziert wird.

2. Die Mehrzahl der Urteile bejaht jedoch Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB. Unterschiede zeigen sich allerdings bei dem sich anschließenden Problem, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vertrag im übrigen aufrechterhalten werden kann. Die frühere Rechtsprechung des RG lehnte dies generell ab. Eine Aufrechterhaltung würde nämlich nach § 139 BGB voraussetzen, daß der Bierliefe-

<sup>124</sup> BGHZ 44, 183, 190f.

<sup>125</sup> RG JW 1927, 119, 120, aufgrund des Hinweises des RG hat das Berufungsgericht dann sittenkonform ausgelegt, vgl. *Nipperdey* JW 1927, 119f.; BGH LM Nr. 10 zu § 242 (Bc) BGB; wohl auch BGH NJW 1979, 2150, 2152; ablehnend *Zimmermann* S. 28 Fn. 53.

<sup>126</sup> RGZ 152, 251, 254; BGH JZ 1952, 366, von BGH WM 1970, 1402, 1403 fälschlich als Belegstelle für das Recht auf außerordentliche Kündigung zitiert; das übersieht auch *Hidde-mann* WM 1975, 945, der annimmt, daß der BGH § 242 BGB nur bei nachträglich eingetretenen Umständen bejaht; BGH MDR 1964, 747, 748; OLG Düsseldorf MDR 1973, 222, 223; OLG Frankfurt (26. 2. 1972) bei *Zeller* S. 166ff.; zustimmend *Palandt/Heinrichs* § 138, 1f bb.

Weitere Fälle: BAG AP Nr. 7 zu Art. 12 GG.

BGH WM 1974, 257, 260: Reduzierung einer zeitlich unbegrenzten Bindung an einen Makler mangels ausdrücklicher Regelung nach Treu und Glauben (§ 157 BGB (!)) auf 5 Jahre.

BGH WM 1976, 533, 534: Festsetzung einer angemessenen Zeit nach § 157 BGB; ebenso BGH LM Nr. 2 zu § 157 (Gh) BGB (Kundenschutz); RG JW 1905, 339, 340; LZ 1922 Sp. 25; zustimmend *Palandt/Thomas* § 652, 10 Bb; *Jauernig/Vollkommer* § 652, 11b cc; *Soergel/Mor-mann* § 652, 13; MünchKomm/*Schwerdtner* § 652, 228.

OLG Hamm NJW 1966, 887 erwägt bei ausdrücklichem Ausschluß des Widerrufsrechts durch Umdeutung eine Reduktion auf eine angemessene Frist, läßt die Frage aber offen.

OLG Hamm DNotZ 1976, 165, 168 (Stimmrechtsbindung); ablehnend *Staudinger/Dilcher* § 138, 108; MünchKomm/*Mayer-Maly* § 138, 135.

<sup>127</sup> BGH WM 1970, 1402, 1403; wohl auch 1976, 508, 509, in diesem Fall hatte das Berufungsgericht das vom BGH nach § 242 BGB bejahte Recht auf außerordentliche Kündigung dem Vertrag durch restriktive Auslegung entnommen. BGHZ 28, 78, 81 bezweifelt allerdings, daß eine Kündigungsmöglichkeit wegen des damit verbundenen Zwangs zur Abgabe der entsprechenden Erklärung die Genehmigungsbefähigung nach § 1822 Nr. 5 BGB und damit den die Nichtigkeit auslösenden Gesetzesverstoß vermeidet.

rungsvertrag auch ohne die Zeitbestimmung abgeschlossen worden wäre. Das sei nicht der Fall; vom Standpunkt der Parteien aus sei die angemessene kürzere Zeit etwas anderes, nicht etwas Geringeres. Jedenfalls sehe aber § 139 BGB ein richterliches Ermäßigungsrecht nicht vor.<sup>128</sup> Auf der anderen Seite aber hat das Gericht – wie soeben dargestellt – in späteren Entscheidungen durch Auslegung oder Herabsetzung nach § 242 BGB Totalnichtigkeit vermieden.

So ist denn auch der BGH in fast lückenloser Rechtsprechung der Meinung des RG nicht gefolgt. Vielmehr zerlegt er die langfristigen Verträge in Zeitabschnitte, so daß eine Aufrechterhaltung in sittenkonformem Umfang möglich ist.<sup>129, 130</sup> Denn nur eine solche Aufgliederung trage den schutzwürdigen Interessen beider Parteien Rechnung und vermeide Schwierigkeiten mit der Rückabwicklung.<sup>131</sup> Dagegen scheide eine Aufrechterhaltung aus, wenn die Sittenwidrigkeit nicht nur aus der langen Dauer resultiere; dann müsse der sittenwidrig Handelnde das Risiko der Nichtigkeit tragen.<sup>132</sup> In neuerer Zeit hat das Gericht darüber hinaus ausgesprochen, daß Bierlieferungsverträge, die ohne zeitliche Begrenzung geschlossen seien, schlechthin als sittenwidrig und damit als totalnichtig anzusehen seien.<sup>133</sup> Jedoch fehlt es an einer klaren Abgrenzung zu den Fällen, in denen eine partielle Aufrechterhaltung zugelassen wurde. Insbesondere überzeugt es nicht, bei einer zeitlich

<sup>128</sup> RGZ 76, 78, 80; RG JW 1910, 62; ablehnend *Nipperdey* JW 1927, 120; *Staudinger/Coing*<sup>11</sup> § 139, 8.

<sup>129</sup> BGH WM 1972, 1224, 1226 (Begrenzung auf 20 Jahre unter Aufgabe der anderslautenden reichsgerichtlichen Rechtsprechung); 1973, 357, 358 (Rückführung von 30 auf 20 Jahre); 1973, 924, 926 (Rückführung von 28 auf 23, 5 Jahre); 1974, 1042, 1044 (Rückführung von 24 auf 16 Jahre); 1975, 307, 309 (Rückführung von 30 auf 20 Jahre); 1975, 850, 852 (Rückführung von 25 auf 15 Jahre); NJW 1979, 865, 866 (nach einer Bindungszeit von 20 Jahren ist eine zusätzlich vereinbarte Mindestabnahmemenge unbeachtlich); 1979, 2149, 2150; 1981, 343, 345; OLG München (9. 11. 1972) bei *Zeller* S. 220 (Rückführung von 25 auf 20 Jahre); OLG München (26. 4. 1973) bei *Zeller* S. 226f. (Rückführung von 20 auf 10 Jahre); LG Bochum (5. 12. 1973) bei *Zeller* S. 132f.; LG Paderborn (17. 12. 1974) bei *Zeller* S. 250f.; *Erman/Brox* § 138, 69, 140; MünchKomm/Mayer-Maly § 139, 18; *Soergel/Hefermehl* § 139, 29; *Staudinger/Dilcher* § 139, 7; *Larenz* AT § 23 IIb; *Flume* II § 32 2d; *Rüthers* AT Rdn. 421; *Klaas* BB 1974, 1099. *Siller* AcP 138, 156 will hier § 140 BGB anwenden, S. 182 stellt er nur auf den allgemeinen Rechtsgedanken ab, daß die verletzten Bestimmungen nicht die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts verordnen.

Zur Bindungsdauer in Erbbaurechtsverträgen vgl. die Entscheidungen BGHZ 68, 1, 6; 75, 15, 19; zustimmend *Macke* NJW 1977, 2234; a. A. *Kohlhosser* NJW 1974, 1302 ff.

<sup>130</sup> Weitere Fälle: BGH NJW 1964, 2203; OLG Stuttgart NJW 1978, 2340; Begrenzung eines unbefristeten (deswegen sittenwidrigen) Wettbewerbsverbots auf 3 Jahre.

Vgl. auch schon RG 1. 3. 1913 (zit. nach *v. Tuhr* II 1 § 51 Fn. 49): Ein für unbestimmte Zeit vereinbartes pactum de non alienando wird für eine den Umständen entsprechende Zeit als gültig anerkannt.

<sup>131</sup> BGH WM 1972, 1224, 1226; 1973, 357, 358; *Hiddemann* WM 1975, 945.

<sup>132</sup> BGH WM 1973, 1360, 1362; ebenso BGH NJW 1979, 1605, 1606 für ein überlanges Wettbewerbsverbot, das unter sittenwidrigen Umständen zustande kam; vgl. auch BGHZ 68, 204, 207f.

<sup>133</sup> BGH WM 1980, 877 unter Berufung auf BGHZ 74, 293 (= ausführlicher NJW 1979, 2150, 2152). Die Bezugnahme ist allerdings deswegen nicht ganz richtig, weil im letztgenann-

fixierten, aber übermäßigen Bindung andere Rechtsfolgen eintreten zu lassen, als bei Fehlen einer Abrede über die zeitliche Befristung. Zwischen den beiden Fällen einer sittenwidrigen Vertragsdauer besteht kein dermaßen gravierender Unterschied, daß sich so konträre Ergebnisse folgern ließen. So hat auch der BGH in derselben Entscheidung diesen Grundsatz für eine mit dem Erbbaurechtsvertrag verknüpfte Ankaufsvereinbarung trotz deren unbefristeter Dauer nicht angewendet, dies allerdings vorwiegend damit begründet, daß in der Frage der Sittenwidrigkeit ein anderer Maßstab anzulegen sei. Während Bierlieferungsverträge den Wirt nämlich fortlaufend belasteten, sei bei Ankaufsverpflichtungen sittenwidrig nur das Verlangen zur Unzeit.<sup>134</sup> Die Differenzierung ist schon wegen des Zwangs, Finanzmittel während der gesamten Verpflichtungsdauer bereitzuhalten, nicht überzeugend.<sup>135</sup>

Die generell für Totalnichtigkeit plädierende Gegenmeinung<sup>136</sup> krankt schon daran, daß sie von der falschen Sicht des § 817 Satz 2 BGB ausgeht<sup>137</sup> und den Gastwirt deshalb in den Fällen rechtlos stellt, in denen – was regelmäßig zutreffen wird – die Abnahmeverpflichtung einen Teil der Gegenleistung eines Darlehens der Brauerei darstellt.

3. Freilich ist auch und gerade in der vorliegenden Problematik die dogmatische Unsicherheit besonders deutlich zu sehen.<sup>138</sup> Das beginnt schon damit, daß es an Maßstäben einer Abgrenzung zwischen Auslegung, Reduzierung nach § 242 BGB und (Teil-)Nichtigerklärung jedenfalls in der Rechtsprechung völlig fehlt. Auch bei Anwendung des § 138 BGB ist die Funktion des § 139 BGB ungeklärt. Zum Teil wird die Norm direkt angewendet,<sup>139</sup> zum Teil analog.<sup>140</sup> Andere Urteile sprechen

---

ten Fall die Höchstdauer des (noch abzuschließenden) Bierlieferungsvertrags bereits auf 20 Jahre durch einen Vorvertrag festgelegt war. Es ging nur noch um die Frage, ob eine zeitlich unbegrenzte Dienstbarkeit bestellt werden müsse oder zumindest eine, die über die nach § 138 Abs. 1 BGB zulässige Zeitspanne hinausging; dies wurde vom BGH verneint, da der Verpflichtete sofort die Rückgabe verlangen könne, soweit die Dienstbarkeit über die durch § 138 Abs. 1 BGB gezogenen Grenzen hinausginge (aaO. S. 299). Wohl aber hat der BGH die Pflicht angenommen, eine Dienstbarkeit zu bestellen, wenn der Berechtigte bereit sei, einen Liefervertrag zu schließen, der sich innerhalb der Grenzen des § 138 Abs. 1 BGB halte. Davon zu trennen ist die Frage, ob ein schon geschlossener Vertrag reduziert werden kann; vgl. z. B. BGH WM 1975, 307, 309; NJW 1981, 343, 345. Vor der Entscheidung BGH WM 1972, 1224, 1226 hatte allerdings BGH WM 1970, 99, 101 einen zeitlich unbegrenzten Bierlieferungsvertrag als (ganz) sittenwidrig angesehen; so auch *Hiddemann* WM 1975, 945, der aber für die Differenzierung keine Rechtfertigung gibt, lediglich die Reduktion bei befristeten Verträgen begründet.

<sup>134</sup> BGH WM 1980, 877; mit entsprechender Argumentation wurde eine zu kurze Ankündigungsfrist so verlängert, daß sie mit § 242 BGB übereinstimmte.

<sup>135</sup> *Kohlhosser* NJW 1974, 1304.

<sup>136</sup> *Zimmermann* S. 44 ff., 175.

<sup>137</sup> Vgl. oben § 9 III 1 d.

<sup>138</sup> Insoweit zutreffend die Kritik von *Zimmermann* S. 44.

<sup>139</sup> BGH WM 1972, 1224, 1226, der von einer unmittelbaren oder entsprechenden Anwendung spricht; NJW 1979, 2149, 2150; LG Bochum (5. 12. 1973) bei *Zeller* S. 132 f.; sowie die in Fn. 129 genannte Literatur.

<sup>140</sup> BGH WM 1974, 1042, 1043; 1975, 307, 309; 1975, 850, 851; 1980, 877; NJW 1979, 865, 866; BGHZ 68, 1, 6; 75, 15, 19; LG Paderborn (17. 12. 1974) bei *Zeller* S. 250 f.

von der „Heranziehung“ des § 139 BGB,<sup>141</sup> in neueren Entscheidungen fehlt der Hinweis auf diese Bestimmung gänzlich.<sup>142</sup>

Schwierigkeiten bereitet es der Rechtsprechung ferner, das Maß festzulegen, auf das zu reduzieren ist. Hier schwanken die Aussagen zwischen dem eben noch Sittengemäßen<sup>143</sup> und dem Durchschnittsmaß.<sup>144</sup> Die Problematik ist hier dieselbe wie bei wucherischen Mietverträgen.<sup>145</sup> Wie dort darf man allerdings wegen des Schutzbedürfnisses des Verpflichteten die Reduktion nicht an diesem Problem scheitern lassen. Ebenso kann deswegen auch der mutmaßliche oder wirkliche Willen der Parteien nicht berücksichtigt werden, zumal seine Feststellung in der Rechtsprechung ohnehin nur mehr formelhaft geschieht.<sup>146</sup>

### § 10 Gesetzeskonforme Auslegung als Resultat der Anwendung des § 139 BGB

#### I. Die beschränkte Funktion des § 139 BGB

1. Seinem Wortlaut nach scheint § 139 BGB die eigentliche *sedes materiae* für die Frage der Teil- oder Totalnichtigkeit zu sein. Totalnichtigkeit ist danach in aller Regel die Konsequenz eines partiellen Gesetzesverstosses. Bereits die oben angeführten Fallgruppen haben aber gezeigt, daß diese Norm jedenfalls nicht allein für das Schicksal des restlichen Vertrages ausschlaggebend ist.

a) So folgt aus dem Zweck des Gesetzes in vielen Fällen Teilnichtigkeit.<sup>1</sup> Zwar wird auch dort von der h. M. oft § 139 BGB direkt, analog oder seinem Rechtsgedanken nach herangezogen. Dies geschieht meist jedoch formelhaft, ohne daß an der Prüfung dieser Vorschrift die Aufrechterhaltung des Vertrages scheitert.<sup>2</sup> Vom Ergebnis her erklärt sich das schon daraus, daß der (hypothetische) Parteiwillen zurückzutreten hat, wenn sich aus dem Gesetz eine andere Regel ergibt.<sup>3</sup> Dies gilt nicht nur bei Nichtigkeit einer Nebenabrede, sondern auch, wenn die Hauptpflicht

<sup>141</sup> BGH WM 1973, 357, 358.

<sup>142</sup> BGH WM 1980, 877, 878; NJW 1981, 343, 345; OLG München (26. 4. 1973) bei Zeller S. 226. f.

<sup>143</sup> BGH WM 1972, 1224, 1226; 1973, 924, 926; 1974, 1360, 1362; 1980, 877, 878; wohl auch BGH WM 1973, 357, 358.

<sup>144</sup> BGH WM 1975, 850, 852; BGHZ 68, 1, 6; 75, 15, 19; Klaas BB 1974, 1099; Erman/Westermann<sup>6</sup> § 138, 31.

<sup>145</sup> Vgl. oben § 9 III 2.

<sup>146</sup> Vgl. z. B. BGH WM 1972, 1224, 1226; 1973, 357, 358; Hiddemann WM 1975, 946; in neueren Entscheidungen fehlt die Prüfung des hypothetischen oder tatsächlichen Parteiwillens denn auch, vgl. Nachw. in Fn. 142; das OLG Hamm (3. 10. 1974) bei Zeller S. 246, 248 hat allerdings eine Reduktion wegen des fehlenden hypothetischen Parteiwillens abgelehnt.

<sup>1</sup> Vgl. oben §§ 8 II, 9 II, III, IV

<sup>2</sup> Vgl. z. B. die Darstellung oben § 9 III 2 c, IV 3.

<sup>3</sup> Vgl. statt vieler Palandt/Heinrichs § 139, 6b.

partiell gegen höherrangiges Recht verstößt; Beispiele dafür sind der Verstoß gegen Preisstoppvorschriften oder zu lang dauernde Bierlieferungsverträge. Voraussetzung bleibt, daß das Geschäft nicht auch in seiner reduzierten Fassung gegen das Gesetz verstößt.<sup>4</sup>

b) Umgekehrt nimmt jedenfalls die h. A. bei Verstoß gegen § 138 Abs. 2 BGB Totalnichtigkeit an, ohne daß die Anwendung von § 139 BGB daran etwas ändern könnte.<sup>5</sup> Wie gezeigt wurde,<sup>6</sup> ist schon das Ergebnis nicht überzeugend. Unabhängig davon ist es aber wenig einleuchtend, das Problem bei der Frage der Teilbarkeit des Rechtsgeschäfts anzusiedeln.<sup>7</sup> Das zeigt schon der Vergleich zwischen einem Wucherdarlehen und einem überlangen Bierlieferungsvertrag. Beide Male besteht die Sittenwidrigkeit im Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung; es bleibt unklar, worin hier hinsichtlich der *Teilbarkeit* ein Unterschied liegen soll. Begründen läßt sich die h. M. allenfalls mit der Überlegung, die Sanktion der Totalnichtigkeit sei aus übergeordneten Gesichtspunkten gefordert.<sup>8</sup>

2. Freilich finden sich in der Rechtsprechung auch Entscheidungen, die ausdrücklich und ausschließlich § 139 BGB als einzig entscheidende Norm ansehen, obwohl die Sachfragen den oben besprochenen Fällen parallel gelagert sind. Das gilt z. B. für Dauerschuldverhältnisse, die Minderjährige länger als bis ein Jahr nach Eintritt ihrer Volljährigkeit binden und daher gemäß § 1822 Nr. 5 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedurft hätten. Obwohl sich ein Vergleich mit überlangen Bierlieferungsverträgen aufdrängt – auch eine Anwendung der Grundsätze nahe liegt, die für Verstöße gegen Höchstpreisvorschriften entwickelt wurden –, siedelt die h. M. diese Frage in der Regel bei der Prüfung des § 139 BGB an.

a) In einem besonders gelagerten Fall hat allerdings der BGH hier das gesetzeskonforme Ergebnis bereits durch Auslegung erzielt. Die Parteien seien nämlich wegen des hohen Alters eines Vertragspartners davon ausgegangen, daß der Minderjährige zur Zahlung einer Leibrente auf keinen Fall länger als bis ein Jahr nach Eintritt seiner Volljährigkeit verpflichtet werde. Konsequenterweise entfiel damit das Genehmigungserfordernis und die Frage einer (Teil-)Nichtigerklärung.<sup>9, 10</sup>

b) Die Mehrzahl der Entscheidungen bejaht demgegenüber einen Verstoß gegen § 1822 Nr. 5 BGB. Im Anschluß daran wird der fragliche Vertrag in einen rechtlich zulässigen und in einen unzulässigen Zeitabschnitt zerlegt. Nach § 139 BGB sei zu untersuchen, ob die Parteien den Vertrag auch mit der kürzeren Laufzeit geschlossen hätten; auch hier wird der entsprechende Parteiwille jedoch meist nur formel-

<sup>4</sup> BGHZ 26, 320, 329f.

<sup>5</sup> Vgl. die Darstellung oben § 9 II 1 und speziell BGH NJW 1979, 1605, 1606.

<sup>6</sup> Vgl. oben § 9 III 1 d.

<sup>7</sup> Vgl. aber die Nachw. § 9 Fn. 8.

<sup>8</sup> Vgl. oben § 9 II 1.

<sup>9</sup> BGH LM Nr. 4 zu § 1822 Nr. 5 BGB; *Palandt/Diederichsen* § 1822, 6; *MünchKommZagst* § 1822, 10; *Soergel/Damrau* § 1822, 35 mwN.

<sup>10</sup> BGHZ 28, 78, 81 bezweifelt, ob eine Kündigungsmöglichkeit das Genehmigungserfordernis und damit das Problem der Nichtigkeit entfallen ließe.

haft bejaht.<sup>11, 12</sup> Das *Ergebnis* leuchtet insbesondere ein, wenn man sich den Fall eines langjährigen Mietvertrages vor Augen hält. Hier soll dem Minderjährigen – bzw. den ihm gleichgestellten Personen – das Recht, Vertragserfüllung für den kürzeren Zeitraum zu verlangen, nicht deshalb genommen werden, weil ihn das Gesetz vor einer längeren Bindung schützen will. Dies gilt um so mehr, als dem gesetzlichen Vertreter die Bindung des Vertretenen für die kürzere Frist möglich ist und der Abschluß eines solchen Vertrages eventuell sogar zu seinen Pflichten gehört. Jedenfalls wenn die Genehmigung lediglich nicht eingeholt wurde, verbleibt dem Minderjährigen die Möglichkeit, nach Eintritt der Volljährigkeit durch Genehmigung gemäß § 1829 Abs. 3 BGB dem Vertrag insgesamt zur Wirksamkeit zu verhelfen. Wird die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht rechtswidrig verweigert, ist er nach Amtshaftungsrecht geschützt.

Diese Grundsätze sollen allerdings nach der Rechtsprechung nicht gelten, wenn es um einen langfristigen Lebensversicherungsvertrag geht. Voraussetzung für die Annahme von Teilnichtigkeit sei, daß der Minderjährige einen Vertrag gleichen Inhalts geschlossen hätte. Der entsprechende hypothetische Parteiwille fehle aber wegen der ungleich höheren Prämie.<sup>13</sup> Vom Ergebnis her überzeugt das nicht, weil damit die Erben<sup>14</sup> ihre Rechte für den Fall des Todes des Versicherungsnehmers verlieren. Demgegenüber ist das vom BGH genannte Argument, der Vertrag könne nur durch Erhöhung der Prämien auf die verkürzte Laufzeit abgestimmt werden, nicht zwingend, ja nicht einmal naheliegend. Umgekehrt nämlich erscheint auch eine Anpassung durch Herabsetzung der Auszahlungssumme für den Erlebensfall möglich und angemessen. In diesem Fall wäre der Schutz der Erben für den Todesfall gegeben

<sup>11</sup> RGZ 82, 124, 125; 114, 35, 39; 151, 41, 45 f.; RAGE 11, 331, 335; RAG DNotZ 1939, 659; BGH NJW 1962, 734 unter Heranziehung einer salvatorischen Klausel, dagegen skeptisch *Pierer von Esch* S. 81; dem Grundsatz nach auch BGHZ 28, 78, 83 f.; zustimmend *Jauernig* § 139, 3 c bb; *Soergel/Hefermehl* § 139, 28; *Staudinger/Dilcher* § 139, 7; *Palandt/Diederichsen* § 1822, 6; *Erman/Holzhauser* § 1822, 7; MünchKomm/Zagst § 1822, 10; *Soergel/Damrau* § 1822, 37; *Flume* II 32 2 d; *Rüthers* AT Rdn. 421; vom Ergebnis her auch *Gernhuber* § 52 V 7; *Fischer* Festschrift für Wach S. 260 f. und *Siller* AcP 138, 156 wollen den Fall über § 140 BGB lösen; generell ablehnend *Zimmermann* S. 108.

<sup>12</sup> Vgl. auch die parallele Überlegung in BVerwGE 30, 65, 71 („Postassistentenfall“): Aufteilung eines Gesamtzeitraums unter Heranziehung der Rechtsgedanken der §§ 139, 242 BGB in eine vorangehende „zulässige“ und eine nachfolgende „unzulässige“ Zeitspanne; ähnlich BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe, 29 zu Art. 12 GG.

Vgl. auch RAGE 21, 129, 139: Herabsetzung der Dauer eines nach § 1822 Nr. 7 BGB genehmigungsbedürftigen Arbeitsvertrages.

<sup>13</sup> BGHZ 28, 78, 84; zustimmend die Literatur, vgl. die Nachweise in Fn. 11; zweifelnd offenbar *Prölss/Martin* § 165, 5 a. E. *Sandrock* AcP 159, 507 zieht aus der Entscheidung die Konsequenz, daß der Charakter einer Norm als Schutznorm nicht zugleich die Rechtsfolge der Teilnichtigkeit präjudiziere; s. dazu sogleich im Text. – Daß es sich bei diesem Problem aber nicht um die Frage der Teilbarkeit, sondern um das Problem des hypothetischen Willens, also einer Wertung, handelt, betonen zu Recht MünchKomm/Mayer-Maly § 139, 18 und *Pierer von Esch* S. 57.

<sup>14</sup> Vgl. BGHZ 28, 78, 84: Der unter vorläufige Vormundschaft Gestellte hatte seine Angehörigen sichern wollen.

und durch die Teilnichtigkeit die Entschließungsfreiheit des Minderjährigen gewährleistet. Seinem (hypothetischen) Willen dürfte dieses Ergebnis in der Regel entsprechen.<sup>15</sup>

## II. „Umkehrung“ des § 139 BGB

Auch wenn das verletzte Gesetz nicht von vornherein wegen seines Schutzzweckes die Teilnichtigkeit fordert, wird in einer Reihe von Fällen die „Auslegungsregel“ des § 139 BGB<sup>16</sup> umgekehrt; es tritt also Teilnichtigkeit ein.

1. So ist § 139 BGB nicht anwendbar, wenn die Satzung eines Vereins teilweise gegen ein gesetzliches Verbot verstößt.<sup>17</sup> Denn mit der Gründung löst sich der Gründungsvertrag völlig von den ihn schließenden Personen. Deren (hypothetischer) Wille tritt zurück, Einfluß gewinnen Vereinszweck und Mitgliederinteressen. Somit kommt es nur noch darauf an, ob der verbleibende Teil den satzungsgemäßen Mitgliederbelangen gerecht werden und eine sinnvolle Regelung bilden kann.<sup>18, 19</sup>

2. Begünstigt eine nichtige Abrede eine Partei, so kann sich der Gegner nicht auf die Gesamtnichtigkeit des Vertrages berufen;<sup>20</sup> umstritten ist dabei, ob dies einen Anwendungsfall der Arglistenrede<sup>21</sup> oder eine materiell-rechtliche Einschränkung

<sup>15</sup> MünchKomm/Zagst § 1822, 10; a. A. *Soergel/Damrau* § 1822, 37; vgl. zu diesem Problem unten § 18 II 5 b (3) (d). Im Ergebnis wie hier *Prölss/Martin* § 165, 5, die trotz Annahme von schwebender Unwirksamkeit wegen § 818 Abs. 2 BGB (Pflicht des Versicherten zum Ersatz des Wertes, wobei eine Saldierung mit den Ansprüchen auf Rückzahlung der Prämie eintritt) nur den Sparanteil zurückerstatten wollen. Das ist nur erklärlich, wenn auch eine Pflicht der Versicherung angenommen wird, im Todesfall die Versicherungssumme auszubezahlen, da der Versicherungsnehmer sonst nichts erlangt hat. Eine solche Pflicht wird zwar auch nach Eintritt des Versicherungsfalles teilweise, aber keineswegs immer, noch begründet werden können, nämlich nur, soweit noch eine Genehmigungsmöglichkeit des bis dahin schwebend unwirksamen Vertrages besteht. Auch dann bleiben freilich Zweifel, ob bei einem solchen genehmigungsfähigen Vertrag Bereicherungsrecht die dogmatisch korrekte Abwicklungsform ist. Fehlt die Möglichkeit einer Genehmigung, bleibt die Konstruktion ohnehin unklar. So nehmen *Prölss/Martin* am Ende der genannten Anmerkung auch Teilnichtigkeit an.

<sup>16</sup> So *Erman/Brox* § 139, 1.

<sup>17</sup> BGHZ 47, 172, 179 f.; *Jauernig* § 139, 5 d; *Palandt/Heinrichs* § 139, 2 b; MünchKomm/Mayer-Maly § 139, 1; *Soergel/Hefermehl* § 139, 57.

<sup>18</sup> BGHZ 47, 172, 179 f.

<sup>19</sup> Das gilt auch im Gesellschafts- und Tarifvertragsrecht, vgl. statt vieler MünchKomm/Mayer-Maly § 139, 1 mwN.

<sup>20</sup> RGZ 86, 323, 326; 91, 359, 362; 121, 80, 84; 135, 374, 378; RG JW 1916, 390, 391; 1926, 1144; BGHZ 26, 320, 329 f.; BGH WM 1959, 566, 567; 1971, 98, 99; 1972, 486, 488; NJW 1967, 245, 246; im Ergebnis auch BGH WuWE 1039 S. 227, wo mit dem Fehlen des Zusammenhangs argumentiert wird; OLG München MDR 1959, 925; OLG Frankfurt OLGZ 1975, 28, 31; *Erman/Brox* § 139, 33; *RGRK/Krüger-Nieland/Zöller* § 139, 9; *Soergel/Hefermehl* § 139, 44; *Staudinger/Dilcher* § 139, 29; *Larenz AT* § 23 II d; *Flume II* § 32 8; *Enneccerus/Nipperdey* § 202 IV 2; *Brox AT Rdn.* 312; *Lang S.* 58 ff.; ablehnend *Emmerich* in *Immenga/Mestmäcker GWB* § 19, 33 f. Ebenso entscheidet BGH MDR 1954, 217, 218 bei einem offenen Einigungsmangel, wenn sich die eine Partei zwar die Vorteile erhalten, ihrer Pflicht aber entziehen will, und die andere Partei zur Schließung der Vertragslücke im Sinne ihres Gegners bereit ist.

<sup>21</sup> So die Rechtsprechung, vgl. die Nachw. in Fn. 20.



des § 139 BGB<sup>22</sup> darstellt. Die vom RG geforderte weitere Voraussetzung, das gelte nur, wenn der eine Teil durch dieses Vorgehen zwar seine Leistung nicht erbringen, die Leistung des Vertragspartners aber behalten wolle,<sup>23</sup> ist vom BGH mit Recht aufgegeben worden.<sup>24</sup> Denn der durch die nichtige Regelung Belastete wird nicht benachteiligt, wenn der von ihm vereinbarte Vertrag gültig ist;<sup>25</sup> das zusätzliche Erfordernis der Arglist erweist sich demgegenüber als unnötig. Voraussetzung bleibt freilich nach h. M., daß die Klausel nur eine einseitige Begünstigung darstellte, insbesondere also nicht an eine Gegenleistung geknüpft war;<sup>26</sup> dies ist Folge des Interesses des anderen Teils an der Wahrung der Äquivalenz.

Nicht vorbehaltlos kann allerdings der h. A. gefolgt werden, wenn sie in solchen Fällen ohne Ausnahme ein Wahlrecht der durch die Nichtigkeit benachteiligten Partei annimmt.<sup>27</sup> Jedenfalls bei Verstößen gegen Schutzgesetze kann es nicht der nach dem Vertrag in gesetzwidriger Weise begünstigten Partei offenstehen, das Geschäft zu Fall zu bringen.<sup>28</sup> Es verbleibt vielmehr grundsätzlich bei der Wirksamkeit des (reduzierten) Vertrages, ohne daß eine der beteiligten Parteien das Recht beanspruchen könnte, den Vertrag aufzulösen.

In diesen Fällen geht es auch nicht an, die Aufrechterhaltung nur dann zu postulieren, wenn der Vertrag wenigstens einseitig schon durchgeführt ist.<sup>29</sup> Außer den soeben genannten Gründen, die den BGH zur Aufgabe der anderslautenden reichsgerichtlichen Praxis veranlaßt haben, verbietet eine solche Differenzierung vor allem der Gesichtspunkt, daß das Schutzbedürfnis des durch die nichtige Regelung benachteiligten Vertragspartners nicht erst durch die Ausführung des Vertrags entsteht.

Mit dieser Gruppe hängen eng zusammen die Fälle, in denen die fragliche Klausel ohne Relevanz geblieben ist. Auch hier hat es grundsätzlich mit der Teilnichtigkeit sein Bewenden.<sup>30</sup> Wiederum macht die h. M. eine Ausnahme, wenn für den nichtigen Teil ein Entgelt vereinbart war.<sup>31</sup>

3. Wissen die Parteien bei Vertragsschluß von der (teilweisen) Nichtigkeit des Vertrages, so scheidet die Anwendung des § 139 BGB ebenfalls aus<sup>32</sup> – mit der

<sup>22</sup> *Soergel/Hefermehl* § 139, 44; *Larenz AT* § 23 II e; *Flume II* § 32 8.

<sup>23</sup> RGZ 91, 359, 362; wie das RG aber offensichtlich *Larenz AT* § 23 II e = S. 426 mit Fn. 4.

<sup>24</sup> BGH NJW 1967, 245, 246; *Soergel/Hefermehl* § 139, 44; ausführlich *Pierer von Esch* S. 84 ff.

<sup>25</sup> *Flume II* § 32 8.

<sup>26</sup> Vgl. BGH WM 1969, 573, 577; *Steindorff Festschrift für Hefermehl I* S. 184.

<sup>27</sup> *Flume II* § 32 8; *Soergel/Hefermehl* § 139, 44; *Pierer von Esch* S. 88 f.; a. A. *Steindorff Festschrift für Hefermehl I* S. 183.

<sup>28</sup> BGHZ 40, 235, 239; *Erman/Brox* § 139, 35 mwN.

<sup>29</sup> So aber wohl *Larenz AT* § 23 II e; *Steindorff Festschrift für Hefermehl I* S. 184 f.

<sup>30</sup> RGZ 153, 59, 61; *Soergel/Hefermehl* § 139, 43; *Staudinger/Dilcher* § 139, 29; *Larenz AT* § 23 II e; *Flume II* § 32 7; *Brox AT Rdn.* 313; ebenso im Ergebnis, wenn auch mit anderer Begründung, *Pierer von Esch* S. 90 f.

<sup>31</sup> *Soergel/Hefermehl* § 139, 43; *Flume II* § 32 7; *Pierer von Esch* S. 90.

<sup>32</sup> RGZ 68, 322, 326; 79, 303, 305; 79, 434, 437 f.; 122, 138, 140 f.; 125, 209, 211; 137, 29, 32; BGHZ 45, 376, 379; BGH WM 1973, 41, 42; LM Nr. 42 zu § 139 BGB; BAGE 1, 258, 270;

Konsequenz, daß der gesetzeskonforme Teil weiterbesteht. Das soll freilich nach Ansicht des BGH nur gelten, wenn der Rest des Geschäftes dem wirklichen Willen der Vertragspartner entspricht.<sup>33</sup> Ein solcher Wille muß allerdings in aller Regel bejaht werden.<sup>34</sup> Wird wissentlich eine teilweise gesetzeswidrige Abrede getroffen, so heißt das, daß die Parteien den Vertrag zu diesen Bedingungen abwickeln wollen, andererseits aber mit der Aufdeckung der Gesetzeswidrigkeit rechnen müssen.<sup>35</sup> Anders kann es nur sein, wenn der Vertrag von vornherein als Scheingeschäft oder in der Hoffnung auf nachträgliche Heilung – z. B. nach § 313 Satz 2 BGB – abgeschlossen wird und sich diese Hoffnung zerschlägt.<sup>36</sup> Teilnichtigkeit muß erst recht eintreten, wenn das Gesetz, gegen das die Abrede verstößt, dem Schutz einer Partei zu dienen bestimmt ist. Denn die bewußt gesetzeswidrige Abrede läßt den Schluß zu, daß der dadurch Begünstigte im Zweifel diese durchsetzen wollte, die dazu nötige Gültigkeit des Vertrages im übrigen als Voraussetzung seinem Willen also entsprach. Zudem folgt dieses Ergebnis auch aus dem Schutzbedürfnis der durch die nichtige Abrede benachteiligten Partei.

Selbst wenn man die zuletzt angestellte Überlegung nicht teilt, so widerspricht doch die referierte Rechtsprechung des BGH jedenfalls den Urteilen, die bei bewußtem Verstoß gegen Höchstpreisvorschriften Totalnichtigkeit annehmen.<sup>37</sup> Zumindest hätte dort untersucht werden müssen, ob der wirkliche Wille nicht dahin ging, den Rest des Geschäfts aufrechtzuerhalten.

### III. Der hypothetische Wille

In den soeben geschilderten Fallgruppen kommt es auf den hypothetischen Willen somit grundsätzlich gar nicht mehr an. Nur wo diese Regeln nicht eingreifen, stellt sich also die Frage, ob im Zweifel die Parteien eine gesetzestreue Regelung wollten.

1. Einigkeit herrscht darin, daß die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens – wie bei § 140 und bei § 157 BGB – Ermittlung des vernünftigerweise Gewollten, also Ergebnis einer Wertung ist.<sup>38</sup> Als hypothetischer Parteiwille sei anzusehen, was

---

OLG Frankfurt MDR 1969, 760; *Jauernig* § 139, 4b; *Palandt/Heinrichs* § 139, 5; *Erman/Brox* § 139, 34; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 139, 25; *RGRK/Krüger-Nieland/Zöller* § 139, 39; *Soergel/Hefermehl* § 139, 40; *Staudinger/Dilcher* § 139, 28; *Flume* II § 32 3; *Enneccerus/Nipperdey* § 145 II A 1 Fn. 4, § 202 IV 2a; *Sandrock* AcP 159, 483.

<sup>33</sup> BGHZ 45, 376, 380 unter Aufgabe der anderslautenden reichsgerichtlichen Rechtsprechung; BGH LM Nr. 42 zu § 139 BGB; *RGRK/Krüger-Nieland/Zöller* § 139, 39; *Soergel/Hefermehl* § 139, 40; *Flume* II § 32 3; differenzierend, ob die betreffende Abrede im Synallagma stand, OLG Frankfurt MDR 1969, 760; für analoge Anwendung des § 139 BGB *Pierer von Esch* S. 33 f., 53; unklar *Jauernig* § 139, 4b.

<sup>34</sup> Daher für Restgültigkeit in jedem Fall *MünchKomm/Mayer-Maly* § 139, 25.

<sup>35</sup> Vgl. z. B. BGH WM 1973, 41, 42.

<sup>36</sup> So lag wohl der Fall BGHZ 45, 376 ff.; vgl. auch BGH NJW 1975, 205, 206.

<sup>37</sup> Vgl. oben § 8 II 3 c.

<sup>38</sup> RGZ 118, 218, 222; BGH WM 1974, 972, 973; LM Nr. 13 zu § 139 BGB; Nr. 38 zu § 652 BGB; *Jauernig* § 139, 4a; *Palandt/Heinrichs* § 139, 5; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 139, 23; *Soergel/Hefermehl* § 139, 32; *Staudinger/Dilcher* § 139, 26; *Larenz* AT § 23 II c = S. 424 mit Fn. 4; *Flume* II § 32 5; *Sandrock* AcP 159, 483 f.

Treu und Glauben forderten;<sup>39</sup> das werde vorzüglich durch Rechtsnormen erschlossen.<sup>40</sup> Das heißt jedenfalls, daß der hypothetische Parteiwille eine gesetzeskonforme Aufrechterhaltung des Restgeschäftes nicht verbietet, sondern sie vielmehr nahelegt, insbesondere, wenn dadurch die wirtschaftlich intendierten Ziele (teilweise) erreicht werden.<sup>41</sup>

2. Problematisch ist allerdings, welche Vergleichspaare bei der Ermittlung des hypothetischen Willens heranzuziehen sind; die Frage wird relevant bei allen synallagmatischen Verträgen, bei denen ein Teil der Leistungspflicht nichtig ist. Für den durch die Nichtigkeit Begünstigten ergeben sich wenig Probleme; jedenfalls nach objektiver Wertung ist er mit seiner reduzierten Leistungspflicht einverstanden.<sup>42</sup> Anders ist es allenfalls dann, wenn gerade für den nichtigen Bestandteil eine Gegenleistung vorgesehen war, die für den Abschluß des Vertrages (mit)entscheidend war.<sup>43</sup>

Diese von der h. M. als Ausnahme zum Grundsatz des § 139 BGB angesehene Fallgruppe erweist sich somit ebenso wie die Konstellation der irrelevant gebliebenen Klausel in Wirklichkeit als Konsequenz des Äquivalenzinteresses der durch die Teilnichtigkeit zumindest nicht benachteiligten Partei. Da dieses Äquivalenzinteresse in beiden Fällen nicht betroffen ist, wenn und soweit dadurch nicht der Gegenanspruch zumindest partiell entfällt, bleibt ein etwaiges Interesse an der Totalnichtigkeit ohne Relevanz, weil es nicht aus der Teilnichtigkeit resultiert, sondern ein (verkapptes) Reuerecht eröffnen würde.

Nicht so leicht generell zu klären ist dagegen die Frage, ob dieser hypothetische Wille auch für die andere Partei gegeben ist; für sie ist die vom Vertrag vorausgesetzte Äquivalenz gestört. Aus dieser Äquivalenzstörung schließt ein Teil vor allem der älteren Literatur, es fehle schon an der Abtrennbarkeit;<sup>44</sup> das führe zur Totalnichtigkeit. Nach den oben dargestellten Überlegungen ist dieser Ansatzpunkt jedenfalls falsch gewählt.<sup>45</sup> Andere dagegen vergleichen die reduzierte Leistungspflicht und das totale Entfallen des Vertrages.<sup>46</sup> Diese Ansicht hat in einer Reihe von Fällen immerhin das Argument für sich, daß die durch die Nichtigkeit benachteiligte Partei redlicherweise ohnehin nur zu diesen reduzierten Bedingungen hätte abschließen können und auch einen Neuabschluß nur so tätigen kann,<sup>47</sup> ver-

<sup>39</sup> MünchKomm/Mayer-Maly § 139, 24; Staudinger/Dilcher § 139, 26; Flume II § 32 5; Enneccerus/Nipperdey § 202 IV 2; Pierer von Esch S. 77.

<sup>40</sup> MünchKomm/Mayer-Maly § 157, 13; Lüderitz S. 372 f.

<sup>41</sup> Vgl. schon Fischer Festschrift für Wach S. 187.

<sup>42</sup> Lindacher AcP 173, 133; BGH NJW 1963, 339, 340 für § 140 BGB.

<sup>43</sup> Vgl. oben § 10 II 2 mit Fn. 26.

<sup>44</sup> RGZ 76, 115, 120; Lang S. 23 ff.; Lappe S. 16, 17, 32 ff.; Planck I § 139, 1; Flume II § 32 2 d; ablehnend aus kostentheoretischen Erwägungen Naendrup S. 177 ff.

<sup>45</sup> Vgl. § 10 I 1; so auch Soergel/Hefermehl § 139, 27.

<sup>46</sup> Lindacher AcP 173, 133, dogmatisch im Rahmen des § 138 BGB, ohne § 139 BGB zu erwähnen.

<sup>47</sup> Vgl. die Beispiele bei Lindacher AcP 173, 133.

sagt aber, wenn die Partei zu einem Abschluß zu diesen (gesetzeskonformen) Bedingungen nicht bereit gewesen wäre, ohne damit unredlich zu handeln.

Berücksichtigen könnte man das Äquivalenzinteresse allenfalls dann, wenn sich die durch den nichtigen Bestandteil bevorzugte Partei gerade deswegen mit einer geringeren Gegenleistung zufrieden gegeben hat. Wie gezeigt,<sup>48</sup> ist jedenfalls in Fällen, in denen der Schutzzweck der Nichtigkeitsvorschrift die Aufrechterhaltung des Geschäfts fordert, aus dieser Verschiebung meist kein Argument für die Totalnichtigkeit abzuleiten. Ebenso scheidet in der Regel eine richterliche Korrektur der Gegenleistung aus;<sup>49</sup> der hypothetische Wille spielt in allen diesen Fällen also keine Rolle.<sup>50</sup>

Bei einseitigen Rechtsgeschäften oder nicht synallagmatischen Verträgen kann der entsprechende hypothetische Wille ohne weiteres bejaht werden. Für einen Spezialfall, die letztwilligen Verfügungen, ist dies ohnehin durch § 2085 BGB angeordnet.<sup>51</sup> Das findet seinen Grund zunächst in dem auch in § 2084 BGB ausgedrückten Prinzip, dem Erblasserwillen sei möglichst weitgehend Geltung zu verschaffen.<sup>52</sup> Auch in anderen Fällen kann aber davon ausgegangen werden, daß der Betroffene die Teilnichtigkeit vorziehen würde, zumal da er seine Leistung nicht einer Gegenleistung wegen erbringt bzw. sein Gestaltungsrecht nicht davon abhängig ist.

3. Salvatorischen Klauseln wird allgemein eine entscheidende Rolle im Bereich des § 139 BGB zugewiesen. Sind sie doch nach h. M. Ausdruck des wirklichen Parteiwillens, der bei der Ermittlung des hypothetischen grundsätzlich nicht außer acht gelassen werden darf;<sup>53, 54</sup> er stehe vielmehr der Anwendung des § 139 BGB und der Konsequenz der Totalnichtigkeit entgegen. Freilich werden davon in verschiedener Hinsicht Ausnahmen gemacht. So hat der BGH salvatorische Klauseln als unbeachtlich angesehen, wenn nach richterlicher Überzeugung die beiden Vertragsbestandteile untrennbar verbunden sein sollten<sup>55</sup> oder ein wesentlicher Teil des Vertrages wegen Sittenwidrigkeit nichtig war.<sup>56</sup> In diesen Fällen wird der tatsächliche Partei-

<sup>48</sup> Vgl. z. B. die Darstellung oben §§ 8 II, 9 II. So auch *Pierer von Esch* S. 116ff.; *Sandrock* AcP 159, 489ff. *Raiser* S. 325 und *Naendrup* S. 184 nehmen den Fall eines unbeachtlichen Kalkulationsirrtums an.

<sup>49</sup> Dies vertritt aber *Sebba* S. 18ff.; a. A. *Raiser* S. 324f. und *Pierer von Esch* S. 117f.; vgl. genauer unten § 18 II 5b.

<sup>50</sup> Darauf weist zu Recht *Sandrock* AcP 159, 491 hin, der die „Läuterung“ durch objektive Momente insoweit als Pseudokriterium bezeichnet.

<sup>51</sup> Vgl. statt vieler *Jauernig/Stürner* § 2085, 1; *Palandt/Keidel* § 2085, 1.

<sup>52</sup> Vgl. oben § 6 I 1 mit Fn. 5.

<sup>53</sup> BGH WM 1973, 900, 902; *Palandt/Keidel* § 2085, 4; MünchKomm/Mayer-Maly § 139, 3; ders. Festschrift für Flume I S. 623; *Soergel/Hefermehl* § 139, 32; *Sandrock* AcP 159, 483; *Emmerich* in Immenga/Mestmäcker GWB § 19, 29.

<sup>54</sup> Vgl. auch die Erhaltungsklauseln im Rahmen der Konkurrenz von Waren- und Geldkreditgebern, die nach der Rechtsprechung ohne Heranziehung des § 139 BGB zur Aufrechterhaltung des Restes führen; dazu oben § 6 I 3 a.

<sup>55</sup> BGHZ 69, 266, 269; *Jauernig* § 139, 5 a; MünchKomm/Mayer-Maly § 139, 3.

<sup>56</sup> So wohl BGH DB 1976, 2106, 2107; *Jauernig* § 139, 5 a; *Palandt/Heinrichs* § 139, 6 a; MünchKomm/Mayer-Maly § 139, 3; *Wiesner* S. 107f.

wille also nicht berücksichtigt, vielmehr sucht man das Ergebnis aufgrund objektiver Wertungen.<sup>57</sup> Auf der anderen Seite haben schon die bisherigen Ausführungen gezeigt, daß salvatorische Klauseln sich oft als überflüssig erweisen.<sup>58</sup> Im Rahmen der Interessenabwägung vermögen nämlich gerade schematische Erhaltungsabreden nur eine geringe Rolle zu spielen.<sup>59</sup> Dies muß insbesondere dann gelten, wenn die Teilnichtigkeit schon aus dem Schutzzweck der Norm oder sonstigen übergeordneten Gesichtspunkten folgt.

Diese Grundsätze gelten nicht nur für Teilnichtigkeits-, sondern mit geringfügigen Modifikationen auch für Ersetzungsklauseln. Auch sie sind im hier interessierenden Zusammenhang weitgehend überflüssig, vor allem angesichts der Tatsache, daß auch nichtige Abreden als Grundlage einer ergänzenden Auslegung dienen können.<sup>60</sup> Wenn zum Teil vertreten wird, bei Fehlen von Ersetzungs- und Teilnichtigkeitsklauseln spreche die Vermutung für die Gesamtnichtigkeit,<sup>61</sup> so steht das im Gegensatz zu der Regel, daß es einer Teilnichtigkeitsklausel wegen der vorzunehmenden objektiven Wertung oft gar nicht bedarf;<sup>62</sup> schon deshalb kann aus ihrem Fehlen nicht ohne weiteres auf Gesamtnichtigkeit geschlossen werden.<sup>63</sup>

## § 11 Gesetzeskonforme Auslegung als Ergebnis der Umdeutung gemäß § 140 BGB

### I. Geltungserhaltende Funktion des § 140 BGB

Auf den ersten Blick mag man den Eindruck gewinnen, § 140 BGB scheide als dogmatischer Anknüpfungspunkt für die gesetzeskonforme Auslegung von vornherein aus. Setzt doch die Norm nach h. A. voraus, daß ein Rechtsgeschäft in toto nichtig ist; als Ergebnis der Umdeutung werde ein anderes Rechtsgeschäft unter Zuhilfenahme des hypothetischen Parteiwillens anstelle des nichtigen ermittelt.<sup>1</sup>

<sup>57</sup> MünchKomm/Mayer-Maly § 134, 107 gegen OLG Frankfurt MDR 1973, 930, 931. In diese Richtung auch schon *Pierer von Esch* S. 81; *Westermann* Festschrift für Möhring S. 140.

<sup>58</sup> Vgl. oben § 6 I 3 a.

<sup>59</sup> MünchKomm/Mayer-Maly § 134, 107; *Pierer von Esch* S. 81; ähnlich *Pawlowski* JZ 1966, 699; *Wiesner* S. 107; a. A. *Westermann* Festschrift für Möhring S. 139. Gerade das von *Westermann* angeführte Beispiel der Teilnichtigkeitsklausel in Gesellschaftsverträgen spricht gegen deren konstitutiven Charakter. In diesen Fällen wird nämlich allgemein Totalnichtigkeit auch ohne das Vorliegen einer salvatorischen Klausel verneint; vgl. nur *Soergel/Hefermehl* § 139, 56 mwN.; jetzt auch *Westermann* I 770.

<sup>60</sup> Vgl. Nachw. in § 6 Fn. 175.

<sup>61</sup> *Westermann* Festschrift für Möhring S. 144.

<sup>62</sup> S. soeben bei Fn. 59, so auch *Westermann* Festschrift für Möhring S. 140.

<sup>63</sup> Vgl. nur die Rechtsprechung zu den Wertsicherungsklauseln; dargestellt oben § 6 II 1.

<sup>1</sup> BGHZ 19, 269, 273; *Jauernig* § 140, 2; *Palandt/Heinrichs* § 140, 2 a bb; *Erman/Brox* § 140, 12; MünchKomm/Mayer-Maly § 140 7; *Soergel/Hefermehl* § 140, 3; *Staudinger/Dilcher* § 140, 2; *Larenz* AT § 23 III; *Lange/Köhler* § 50 III 2; *Brox* AT Rdn. 318; *Wolf* in *Grundlagen* 2. Kap. § 12 IV; *Siller* AcP 138, 146; *Fischer* Festschrift für Wach S. 198.

Hält man sich freilich die Konversion der nichtigen Abtretung eines Nießbrauchs (§ 1059 Satz 1 BGB) in die wirksame schuldrechtliche Verpflichtung zur Überlassung des Nießbrauchs (§ 1059 Satz 2 BGB) vor Augen,<sup>2</sup> so verschwimmen die Grenzen zur Teilnichtigkeit<sup>3</sup> und zur Auslegung.<sup>4</sup> Wie gezeigt, spielt im Rahmen des vorliegenden Themas die Unterscheidung zwischen Auslegung und Teilnichtigklärung vom Ergebnis her jedenfalls keine Rolle.<sup>5</sup>

Ohne hier auf dieses Problem schon in Einzelheiten eingehen zu müssen,<sup>6</sup> läßt sich feststellen, daß in der Rechtsprechung das Ergebnis der geltungserhaltenden Auslegung (auch) durch Konversion ermittelt wird.

1. So erörtert der BGH in dem bereits referierten Fall,<sup>7</sup> in dem er eine (unzulässige) öffentlichrechtliche Verpflichtung einer Gemeinde, einen Bebauungsplan aufzustellen, als (zulässige) Übernahme einer bürgerlichrechtlichen Gewährleistung interpretiert, hilfsweise auch § 140 BGB. Dieser könne eingreifen, falls auch die erneute richterliche Auslegung trotz der vom BGH aufgezeigten Möglichkeit eines gesetzeskonformen Inhalts wiederum unmittelbar eine öffentlichrechtliche Bindung der Gemeinde zum Erlaß oder zur Förderung eines von der Klägerin beeinflussten Bebauungsplans ergeben sollte.<sup>8</sup> Als Kriterien für die dann nötige Ermittlung des hypothetischen Willens, ob die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit des Vertrages an seiner Stelle einen Kauf mit Übernahme des Planungsrisikos vereinbart hätten, nennt das Gericht dieselben Punkte, die es schon vorher bei der Frage einer entsprechenden Auslegung angeführt hatte, nämlich das Interesse an dem Zustandekommen des Kaufvertrags zu dem entsprechend hohen Preis sowie die Einschätzung des Risikos, daß der Bebauungsplan scheitern würde und die Gemeinde zum Schadens- oder Aufwendungsersatz herangezogen werden könnte.<sup>9</sup> Angesichts dieser Parallelen

<sup>2</sup> Fall nach RG JW 1910, 801, 802; von Siller AcP 138, 147 durch Auslegung gelöst.

<sup>3</sup> § 140 BGB wird als Fall der Teilnichtigkeit angesehen von *Flume* II § 32 9; *Brox* AT Rdn. 319; *Wolf* in *Grundlagen* 2. Kap. § 12 IV 2; *Lehmann/Hübner* § 27 II 1d, der eine Einstufung als Fall der Auslegung eindeutig ablehnt. BGH NJW 1963, 339, 340 spricht im Zusammenhang mit § 140 BGB (auch) von quantitativer Teilnichtigkeit.

<sup>4</sup> § 140 BGB wird als Fall der Auslegung angesehen von *Krampe* S. 280ff., 284f.; *Staudinger/Coing*<sup>11</sup> § 140, 3; differenzierend *Bürck* SchlHA 1973, 38ff.; *ders.* JuS 1971, 572ff.

<sup>5</sup> Vgl. oben § 2 III 1, 2; auch *Krampe* S. 285 differenziert nicht zwischen qualitativer Teilnichtigkeit und Umqualifizierung, die seiner Ansicht nach ein Fall der Auslegung ist.

<sup>6</sup> Vgl. unten § 15 I, wo nachgewiesen werden soll, daß jedenfalls im Rahmen des hier interessierenden Themas zwischen Auslegung und Umdeutung kein grundsätzlicher Unterschied besteht.

<sup>7</sup> Vgl. oben § 6 I 2a.

<sup>8</sup> BGHZ 76, 16, 28f. BVerwG NJW 1980, 2538f. lehnt in einem ähnlich gelagerten Fall eine geltungserhaltende Auslegung ab und bejaht Totalnichtigkeit, freilich unter Hinweis darauf, daß die entsprechende Auslegung des Berufungsgerichts bindend sei. Das Problem einer Umdeutung wird nur im Hinblick auf die Frage erörtert, ob eine Verpflichtung der Gemeinde zu einem öffentlichrechtlichen Tätigwerden bestehe. Eine Umdeutung in eine privatrechtliche Verpflichtung wird nicht geprüft, was sich damit erklären läßt, daß auch hier die bindende Auslegung des Berufungsgerichts entgegenstehen würde – was sich wiederum als Argument für die Gleichbehandlung der Auslegung und der Umdeutung erweisen würde. Totalnichtigkeit als Folge des Entfallens der Pflicht der Gemeinde ist dann konsequent.

<sup>9</sup> Vgl. BGHZ 76, 16, 26 (für Auslegung), 29 (für Umdeutung).

verwundert es nicht, daß das Gericht keinerlei Abgrenzungskriterien für die beiden Vorgehensweisen nennt.

Gleichzeitige Argumentation mit Auslegung und Umdeutung zur Vermeidung von Nichtigkeit findet man auch in der Rechtsprechung zu den gesellschaftsrechtlichen Nachfolgeklauseln. Der BGH bezeichnet es als ein Problem der Auslegung, ob die Abrede, daß ein namentlich bezeichneter Dritter anstelle eines verstorbenen Gesellschaftsmitglieds in die Gesellschaft eintrete, als erbrechtliche oder als rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel zu interpretieren sei. Der Wortlaut sei dabei schon deswegen nicht entscheidend, weil die Vertragspraxis diese Worte weitgehend in derselben Bedeutung verwende.<sup>10</sup> Allerdings sei eine rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel unwirksam, soweit sie nicht zugunsten und zu Lasten eines Gesellschaftsmitglieds geschlossen sei. Denn sie liefe auf eine nach der Rechtsprechung unzulässige Verfügung zugunsten Dritter hinaus, ergäbe insbesondere aber auch einen Vertrag zu Lasten Dritter, da der Dritte unmittelbar auch in die Pflichtenstellung einträte.<sup>11</sup> Dem Gesellschafterwillen könne zur Vermeidung rechtlicher Kollisionsprobleme dann durch eine Umdeutung in eine rechtsgeschäftliche Eintrittsklausel Rechnung getragen werden; die Konversion sei in der Regel auch vorzunehmen.<sup>12</sup> Freilich sei die Unzulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel für sich allein kein ausreichender Grund, eine Vertragsbestimmung mit namentlicher Bezeichnung der Nachfolger ohne weiteres als erbrechtliche Klausel auszulegen. Dies folge jedoch aus den Nachteilen, die die Umdeutung mit sich bringe – der Dritte ist zum Eintritt nicht verpflichtet und kann statt dessen Abfindung verlangen.<sup>13</sup>

Nach Ansicht des BGH gibt es somit zwei Möglichkeiten, die Nichtigkeit der Nachfolgeklausel zu vermeiden: Auslegung als erbrechtliche Nachfolgeklausel oder Umdeutung in eine rechtsgeschäftliche Eintrittsklausel. Grenzte man die beiden Methoden wie die h. M. ab – diese hält die Auslegung für vorrangig –,<sup>14</sup> so müßte Auslegung in jedem Fall der Umdeutung vorgehen. Dem hat sich der BGH, allerdings ohne Erwähnung des Problems, nicht angeschlossen. Zwar sieht er für den Regelfall die erbrechtliche Nachfolgeklausel als vereinbart an, aber nicht aus methodischen Überlegungen heraus, sondern weil die rechtsgeschäftliche Eintrittsklausel wegen der geschilderten Konsequenzen den Interessen der übrigen Gesellschafter weniger gerecht werde und kein abweichender Wille ersichtlich sei.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> BGHZ 68, 225, 231; zustimmend *Ulmer* BB 1977, 807; *Göbel* DNotZ 1979, 136.

<sup>11</sup> BGHZ 68, 225, 231 f.

<sup>12</sup> AaO. S. 232.

<sup>13</sup> AaO. S. 233; BGH NJW 1978, 264, 265. Dies ist wohl nicht so zu verstehen, daß im Zweifel die gesetzeskonforme Lösung nicht den Vorzug verdiente, sondern so, daß beide Möglichkeiten der Geltungserhaltung in Betracht kommen; vgl. sogleich im Text.

<sup>14</sup> *Jauernig* § 140, 2b; *Palandt/Heinrichs* § 140, 2a cc; *Erman/Brox* § 140, 5; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 139, 19; § 140, 3; *Soergel/Hefermehl* § 140, 1; *Staudinger/Dilcher* § 140, 2; ebenso (obiter) BGH WM 1959, 813, 816; nicht eindeutig ist die meist als Belegstelle zitierte Entscheidung BGH WM 1959, 328, 330. BGH LM Nr. 7 zu § 133 (B) BGB lehnt eine Umdeutung wegen des klaren Wortlauts ab; vgl. auch RGZ 82, 308, 316 und dazu oben § 6 I 1b. Anders als die h. M. konsequent *Flume* II § 32 9a; *Krampe* S. 284.

<sup>15</sup> BGHZ 68, 225, 233; *Priester* DNotZ 1977, 560.

Entsprechen sich Nachfolgeregelung und Testament nicht, so kann nach Meinung des BGH im Wege der ergänzenden Auslegung ein Eintrittsrecht des nach dem Gesellschaftsvertrag berufenen Dritten jedenfalls dann ermittelt werden, wenn dieser wenigstens als Nacherbe vorgesehen war. Es bestehe nämlich eine Lücke im Vertrag, da nicht geregelt sei, wer in der Zwischenzeit Träger des Gesellschaftsanteils sein solle. Diese Lücke sei durch ergänzende Auslegung zu schließen.<sup>16</sup> In einer früheren Entscheidung hatte das Gericht dagegen die Diskrepanz zwischen einer Nachfolgeklausel und der testamentarischen Regelung durch Umdeutung des Testaments beseitigt, indem es ein Recht auf Einräumung einer Kommanditistenstellung für den testamentarisch Bedachten annahm;<sup>17</sup> diese Methode befürwortet die Literatur generell bei Auseinanderfallen von Gesellschaftsvertrag und letztwilliger Verfügung.<sup>18</sup> Auch hier zeigt sich also zwischen Auslegung und Umdeutung weder vom Ergebnis noch von den Voraussetzungen her ein Unterschied.<sup>19</sup>

2. Auch in den Fällen, in denen *lediglich* mit § 140 BGB argumentiert wird, ist das

<sup>16</sup> BGH NJW 1978, 264, 265 f.; zustimmend Tiedau MDR 1978, 356.

<sup>17</sup> BGHZ 50, 316, 318 f.

<sup>18</sup> Großkomm/Ulmer § 139, 31; ders. BB 1977, 806, fehl geht allerdings seine Behauptung aaO. Fn. 14, die Umdeutung setze voraus, daß die Nachfolgeregelung insgesamt fehlschlage, weswegen die Konversion in BGHZ 68, 225 ff. nicht in Betracht gekommen sei; deswegen hat der BGH die Umdeutung nicht abgelehnt; vgl. auch BGHZ 50, 316, 318 f., wo ein Teil der Nachfolgeregelung aufrechterhalten blieb.

<sup>19</sup> Weitere Fälle: RG SeuffArch 79 Nr. 31; JW 1915, 656; Gleichstellung von ergänzender Auslegung und § 140 BGB im Ergebnis.

OLG Naumburg JW 1929, 70, 71: Überlassung eines Grundstücks als Faustpfand im Wege der Auslegung und parallel durch Konversion als Verpflichtung zur Bestellung einer Sicherungshypothek interpretiert; ähnlich wohl RG WarnRspr. 1931, 96, 97.

BGH WM 1959, 813, 816 erwägt, ob eine (mangels Berechtigung fehlgeschlagene) Eigentumsübertragung nach § 931 BGB im Wege der Umdeutung als Abtretung des Anwartschaftsrechts aufrechterhalten werden kann; BGHZ 50, 45, 48 f. bejaht dies, da § 139 BGB wegen des Willens und des Interesses beider Parteien widerlegt sei (a. A. Wolff/Raiser § 69 II 2 c Fn. 18). Nach Medicus Rdn. 560 paßt § 139 BGB für den vorliegenden Fall überhaupt nicht; wie der BGH aber Gursky S. 51 Fn. 11, vgl. dazu schon § 3 Fn. 8.

BGH (29. 11. 1971, IV ZR 181/68 zit. nach Krampe S. 223) legt eine unzulässige KG als BGB-Gesellschaft aus, während BGHZ 19, 269 ff. mittels Konversion eine unzulässige OHG als BGB-Gesellschaft aufrechterhält.

Ebenso unterscheiden sich BGHZ 10, 91, 97 und 22, 240, 245, die das Vorliegen eines Gesellschaftstyps (hier einer OHG) unabhängig vom entsprechenden Willen der Vertragsschließenden annehmen, wohl nur vordergründig von BGHZ 19, 269 ff. In beiden Fällen geht es darum, wie die Gesellschaft zu qualifizieren ist. Die Betonung des hypothetischen Parteiwillens in BGHZ 19, 269 ff. heißt doch nur, daß es Fälle gibt, in denen ein Vertragsschluß daran scheitert, daß die Erklärung zwei sich ausschließende Rechtsfolgen intendiert, vgl. dazu unten § 13 III 2 c; anders aber Lieb S. 34 mit Fn. 147, Wiesner S. 99, Flume II § 32 9 d, I 1 § 13 III, die die Entscheidungen für miteinander unvereinbar halten.

BGH WM 1982, 236, 238: Die vom Eigentümer in den Bestellsungsakt eines Erbbaurechts für sich selbst einbezogene schuldrechtliche Wertsicherungsklausel ist nicht zulässig; wird das Erbbaurecht veräußert, so ist bei Bezugnahme auf diesen (unzulässigen) Bestellsungsakt im Wege der Umdeutung (oder der Auslegung nach § 157 BGB) anzunehmen, daß die einschlägigen Teile der Erbbaurechtsbestellsungsurkunde Geltung zwischen den Parteien erhielten.



Ergebnis dasselbe wie bei der geltungserhaltenden Auslegung.<sup>20</sup> Von dem von den Parteien intendierten Zweck wird bei der Umdeutung das Maximum dessen aufrechterhalten, was dem höherrangigen Recht standhält.<sup>21</sup> Unter diesem Gesichtspunkt ist die Möglichkeit zu wählen, die dem gewünschten Ziel am nächsten kommt und rechtlich zulässig ist. Zur Anwendung des § 140 BGB genügt es, daß die Partei mangels Möglichkeit, den vollen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen, wenigstens die teilweise Verwirklichung ihrer Zwecke gewollt hat.<sup>22</sup>

Auf der anderen Seite läßt sich auch zwischen Teilnichtigkeit und Umdeutung kein Unterschied feststellen. Das ist ohnehin selbstverständlich für die Anhänger der Ansicht, die das „andere“ Rechtsgeschäft als minus gegenüber dem vereinbarten ansehen<sup>23</sup> bzw. fordern, das nichtige Rechtsgeschäft müsse die Bestandteile des anderen enthalten.<sup>24</sup> Es gilt aber auch dann, wenn man statt dessen untersucht, ob das nichtige Geschäft den Erfordernissen des Ersatzgeschäftes entspricht, so daß anzunehmen sei, die Parteien hätten dieses Geschäft gewollt.<sup>25</sup> Die dazu nötige Kongruenz bedeutet, daß alle Tatbestandsmerkmale des Ersatzgeschäftes gegeben sein müssen, fehlende Voraussetzungen dürfen nicht fingiert werden.<sup>26</sup>

Die geltungserhaltende Funktion des § 140 BGB klärt sich insbesondere bei einem Blick auf das vom BGH entschiedene Fallmaterial. So wurde ein wegen § 1365 BGB nach verweigerter Genehmigung (endgültig) unwirksamer Kaufvertrag als Erbvertrag aufrechterhalten.<sup>27</sup> Im Ergebnis wählte das Gericht somit die Möglichkeit, bei der der wirtschaftliche Erfolg erreicht wurde und die rechtlich zulässig war.<sup>28</sup>

<sup>20</sup> Vgl. dazu die umfangreiche Darstellung bei *Krampe* S. 142 ff.

<sup>21</sup> BGH LM Nr. 3 zu § 140 BGB; NJW 1980, 2350, 2352; ähnlich BGHZ 68, 204, 206: „zum annähernd gleichen wirtschaftlichen Erfolg“; *Jauernig* § 140, 2 c.

<sup>22</sup> RGZ 137, 171, 176; *Soergel/Hefermehl* § 140, 7; *Larenz* AT § 23 III.

<sup>23</sup> Z. B. *Flume* II § 32 9 a; *Brox* AT Rdn. 319; *Wolf* in *Grundlagen* 2. Kap. § 12 IV 2; anders aber wohl *Pierex von Esch* S. 71. Sein Beispiel (BGHZ 19, 269) überzeugt nicht, da die BGB-Gesellschaft durchaus als minus zur OHG angesehen werden kann, was das Auftreten im Rechtsverkehr angeht.

<sup>24</sup> RGZ 121, 99, 106; BGHZ 19, 269, 275; 20, 363, 370 f.; 26, 320, 329; BGH LM Nr. 4 zu § 140 BGB; BAG DB 1976, 2163, 2164; OLG Stuttgart JZ 1975, 572, 573; *Soergel/Hefermehl* § 140 4; *Staudinger/Dilcher* § 140, 4.

<sup>25</sup> RGZ 137, 171, 176; BGH NJW 1981, 43, 44; MünchKomm/*Mayer-Maly* § 140, 15; *Larenz* AT § 23 III; *Zeiss* WM 1963, 908, *Lange/Köhler* § 50 III 2.

<sup>26</sup> RG JW 1938, 44, 45; *Palandt/Heinrichs* § 140, 2 a, dd; MünchKomm/*Mayer-Maly* § 140, 15; *Staudinger/Dilcher* § 140, 4; *Siller* AcP 138, 161; ähnlich *Erman/Brox* § 140, 12: keine Erweiterung der Pflichten.

<sup>27</sup> BGHZ 40, 218, 224. – Vgl. auch BGH LM Nr. 14 zu § 3 WährG (dazu oben § 6 II 1 b mit Fn. 166), der nach verweigerter Genehmigung eine ergänzende Auslegung ablehnt und auf § 140 BGB verweist, allerdings die beiden Ansätze werden nicht voneinander abgegrenzt.

<sup>28</sup> Vgl. auch BGHZ 68, 118, 125: Umdeutung der unwirksamen Abtretung der Wandlungsbefugnis in eine rechtswirksame Ermächtigung, die Wandlungsbefugnis des Käufers im eigenen Namen geltend machen zu können.

BGH NJW 1981, 811, 812: Unwirksame Verpflichtung einer Kommune, hoheitliche Befugnisse nicht auszuüben, können in einen auflösend bedingten Vertrag umgedeutet werden, die darin vorgesehenen Infrastrukturmaßnahmen zu finanzieren.

3. Dasselbe gilt für einen der Hauptanwendungsfälle des § 140 BGB, die Umdeutung einseitiger Rechtsgeschäfte.<sup>29</sup> Auch hier wird die Rechtsfolge – etwa Beendigung des Dauerschuldverhältnisses bei der Kündigung – zwar nicht zu dem Zeitpunkt erreicht, der von dem Erklärenden intendiert wurde, sie tritt jedoch mit der rechtlich zulässigen Wirkung ein. Die Gleichwertigkeit des methodischen Vorgehens zeigt sich bei der Frage, ob eine (unzulässige) außerordentliche Kündigung als (zulässige) ordentliche zu beurteilen ist. Dies wurde früher als Problem der Auslegung begriffen.<sup>30</sup> Die neuere Rechtsprechung siedelt die Frage dagegen bei § 140 BGB an,<sup>31</sup> wogegen jedenfalls seit der Aufhebung des § 11 Abs. 2 Satz 1 KSchG a. F. durch das 1. ArbRBereinigG keine Bedenken mehr bestehen.<sup>32, 33</sup>

## II. Ablehnung der Konversion

Auch im Rahmen des § 140 BGB spielt der hypothetische Parteiwille nicht die allein entscheidende Rolle; wie bei § 139 BGB haben sich eine Reihe von Fallgruppen herausgebildet, bei denen eine Umdeutung von vornherein ausscheidet. Damit tritt Totalnichtigkeit ein – die umgekehrte Rechtsfolge wie bei der Nichtanwendung des § 139 BGB.

1. Grundsätzlich kann zwar auch und gerade ein gesetzwidriges Rechtsgeschäft umgedeutet werden.<sup>34</sup> Die Möglichkeit scheidet aber aus, wenn der Vertrag auch

<sup>29</sup> BGH LM Nr. 19 zu § 313 BGB hat die Umdeutung eines nichtigen Vertrages in ein Angebot erwogen; zweifelnd jetzt BGH NJW 1981, 43, 44 zur ähnlichen Frage der Umdeutung eines Gestaltungsrechts in ein Vertragsangebot; freilich wird dort zu wenig beachtet, daß der Gegner durch das Erfordernis der Annahme hinreichend geschützt ist; vgl. auch die weiteren Nachweise bei BGH NJW 1981, 43, 44. BGH NJW 1981, 976, 977 betont, daß sich der Wille, hilfsweise ordentlich zu kündigen, eindeutig ergeben müsse; ebenso BAG AP Nr. 6 zu § 15 KSchG (ohne § 140 BGB zu erwähnen, insoweit kritisch *Richardi* in der Anm.).

<sup>30</sup> RGZ 122, 38, 39.

<sup>31</sup> BAG JZ 1976, 323, 324; G. Hueck KSchG § 13, 26.

<sup>32</sup> Davon ist zu unterscheiden die Frage, ob die ordentliche Kündigung daran scheitert, daß eine Voraussetzung – wie Anhörung des Betriebsrats – nicht vorliegt; vgl. G. Hueck KSchG § 13, 27.

<sup>33</sup> S. auch BGH DNotZ 1975, 154, 155 f.: Die Erbbauzins-Reallast entsteht frühestens mit der Eintragung im Grundbuch, damit beginnt erst ab diesem Zeitpunkt die dingliche Haftung. Beziehen kann sich diese jedoch auch auf Nutzungsentgelte vorangegangener Zeiträume. Eine Eintragungsbewilligung für eine zurückliegende Zeit ist im Wege der Auslegung mangels anderer Anhaltspunkte so zu verstehen, daß die Rückbeziehung nur – zulässigerweise – den Bemessungszeitraum für das Nutzungsentgelt bezeichnet, nicht aber – was unzulässig wäre – einen vor der Eintragung liegenden Entstehungszeitpunkt des dinglichen Rechts bestimmen soll. Dasselbe Ergebnis hätte der BGH auch mittels § 140 BGB erzielen können. Vgl. auch BGH WM 1980, 877, wo eine zu kurze Ankündigungsfrist zur Ausübung einer Ankaufsverpflichtung nach § 242 BGB verlängert wurde.

<sup>34</sup> RGZ 125, 209, 212; RG SeuffArch 80 Nr. 110; BGHZ 8, 23, 34; 26, 320, 328; BGH LM Nr. 3 zu § 140 BGB; NJW 1974, 43, 44; *Erman/Brox* § 140, 9; *Soergel/Hefermehl* § 140, 3; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 140, 11; *Staudinger/Dilcher* § 140, 2; *Krampe* S. 234 ff.; a. A. *Lange/Köhler* § 50 III 3.

nach der Umdeutung unter das gesetzliche Verbot fällt.<sup>35</sup> Damit ist allerdings nicht mehr gesagt, als daß der umgedeutete Vertrag seinerseits der Rechtsordnung standhalten muß, was sich von selbst versteht.<sup>36</sup>

Bei einem sittenwidrigen Geschäft dagegen lehnt die h. M. eine Umdeutung von vornherein ab. Hier tauchen die gleichen Argumente auf, mit denen bei § 138 BGB und § 139 BGB eine sittenkonforme Aufrechterhaltung als unzulässig erachtet wurde;<sup>37</sup> wie dort vermag aber weder das Ergebnis noch die Begründung zu überzeugen.

2. In eigenartigem Kontrast zu der Regelung bei § 139 BGB steht die Rechtsfolge, wenn die Parteien die Nichtigkeit des Geschäfts kannten. In diesem Fall komme eine Konversion nicht in Frage. Denn soweit sich die Parteien bewußt über Wirksamkeitserfordernisse hinweggesetzt hätten, bestehe kein Bedürfnis, ihrem Willen durch Umdeutung ganz oder teilweise Rechnung zu tragen.<sup>38</sup> Zudem liege kein Rechtsgeschäft vor, da der Wille der Erklärenden nicht auf eine Rechtsfolge gerichtet sei.<sup>39</sup> Dieses Argument überzeugt aber schon deswegen nicht, weil bei Möglichkeit einer geltungserhaltenden Aufrechterhaltung nach objektiv-normativer Auslegung eine Rechtsfolge durchaus intendiert sein kann, soweit es nicht von vornherein nur um ein Scheingeschäft ging; allenfalls kann es am hypothetischen Willen fehlen.

3. Die Umdeutung eines einseitigen Rechtsgeschäfts – z. B. der im Rahmen des § 326 Abs. 1 BGB nötigen Fristsetzung<sup>40</sup> – ist nach h. A. entgegen der sonstigen

<sup>35</sup> BGHZ 26, 320, 327 ff.; BGH NJW 1980, 2517; *Erman/Brox* § 140, 13; *Larenz* AT § 23 III; *Wolf* in *Grundlagen* 2. Kap. § 12 IV 4; *Brox* AT Rdn. 320; *Staudinger/Dilcher* § 140, 6; deswegen lehnt *Flume* II § 32 9e die Umdeutung im Fall BGH NJW 1963, 339 ab.

<sup>36</sup> *Flume* II § 32 9e stellt auf den Sinn der Verbotsnorm ab; BGHZ 59, 387, 391 lehnt es ab, eine nach § 90a HGB unwirksame Rückzahlungsvereinbarung als Strafversprechen aufrechtzuerhalten, da sonst der Schutzzweck des § 90a HGB vereitelt würde.

<sup>37</sup> Vgl. oben § 9 I bei Fn. 3 und speziell zur Umdeutung BGHZ 68, 204, 207 f. unter Berufung auf BGH LM Nr. 35 zu § 138 BGB, wo dogmatisch nur auf § 138 BGB abgestellt worden war; *Erman/Brox* § 140, 13, unentschieden aber § 138, 45; *Soergel/Hefermehl* § 140, 6; *Larenz* AT § 23 III; *Flume* II § 32 9e; *Lange/Köhler* § 50 III 3; *Krampe* S. 246; insbes. für AGB auch *Ulmer* NJW 1981, 2026 f.; *Siller* AcP 138, 183, soweit Kenntnis vorliegt, sonst läßt er Konversion zu (vgl. S. 156); a. A. OLG Stuttgart JZ 1975, 472 ff.; *Erman/Westermann*<sup>6</sup> § 138, 7; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 140, 11; *Brox* AT Rdn. 320; *von Brasch* S. 52 ff. – LAG Berlin AP Nr. 23 zu § 138 BGB deutet eine nichtige Kündigungsbeschränkung so um, daß sie mit den gesetzlichen Vorschriften übereinstimmt; BAG AP Nr. 2 zu § 138 BGB, auf das sich LAG Berlin aaO. bezieht, hatte bei Vereinbarung eines Hungerlohns ohne Rückgriff auf § 140 BGB durch Anwendung von § 612 Abs. 2 BGB geholfen, allerdings nach den Grundsätzen über das fehlerhafte Arbeitsverhältnis nur für die Vergangenheit; vgl. die Darstellung oben § 9 III 3.

<sup>38</sup> *Erman/Brox* § 140, 15; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 140, 18; *Soergel/Hefermehl* § 140, 7; *Staudinger/Dilcher* § 140, 11; *Reinicke* S. 100; *Siller* AcP 138, 181 unter Hinweis, daß sonst § 817 Satz 2 BGB, den er als Strafvorschrift auffaßt, unterlaufen würde; mißverständlich *Erman/Westermann*<sup>6</sup> § 140, 5.

<sup>39</sup> *Siller* AcP 138, 159 unter fälschlicher Berufung auf RGZ 68, 322, 325, das mit diesem Argument die Anwendung des § 139 BGB, also Totalnichtigkeit, abgelehnt hatte und ohne weiteres zur Restgültigkeit gekommen war (aaO. S. 326).

<sup>40</sup> Falls man diese als geschäftsähnliche Handlung auffaßt, gelten die Normen über Rechtsgeschäfte analog, vgl. *Staudinger/Otto* § 326, 66 mwN.

Regel ausgeschlossen, falls der Gläubiger sie bewußt zu kurz setzt, um damit vom Vertrag loszukommen. Die Fristsetzung ist nichtig, so daß die Rechtsfolgen des § 326 Abs. 1 BGB auch nach Ablauf einer angemessenen Frist nicht eintreten.<sup>41</sup> Das Ergebnis gleicht der h. M. bei der Frage der Reduktion von gesetzwidrigen AGB-Klauseln; auch dort befürwortet jedenfalls die Mehrzahl der Autoren Totalnichtigkeit, falls der Verwender bösgläubig ist.<sup>42</sup>

### III. Der hypothetische Wille

Greifen die soeben genannten Fallgruppen nicht ein, so ergeben sich im Rahmen des hier interessierenden Zusammenhangs ähnliche Prinzipien wie bei der Prüfung des § 139 BGB.

1. Zu untersuchen ist hier wie dort der hypothetische Parteiwille, der ebenfalls das Ergebnis einer Abwägung ist.<sup>43</sup> Treu und Glauben, also die gesetzlichen Wertungen, sind die entscheidenden Gesichtspunkte. Im Gegensatz zu § 139 BGB betont man in Rechtsprechung und Lehre bei der Konversion wesentlich stärker den Gedanken, den Parteien gehe es in erster Linie um die Erzielung eines wirtschaftlichen Erfolges, was bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens zu beachten sei.<sup>44</sup> Wenn diesem Parteiwillen soweit als irgend angängig Erfolg verschafft werden soll,<sup>45</sup> liegt die gesetzeskonforme Aufrechterhaltung in Konsequenz dieser Intention. Voraussetzung ist dafür freilich, daß hinreichend genau bestimmt werden kann, was die Parteien wirtschaftlich gewollt hatten.<sup>46</sup>

2. Wegen der Akzentuierung der wirtschaftlichen Interessen der Parteien werden im Gegensatz zu § 139 BGB Verschiebungen des Äquivalenzverhältnisses von der h. M. relativ großzügig zugelassen. Der hypothetischen Willensrichtung nach sei auch eine – quantitative oder qualitative – Leistungsminderung mit umfaßt.<sup>47</sup> Es genüge, daß der Erfolg, wenn auch nicht ganz, so doch annähernd gewährleistet sei.<sup>48</sup> Freilich tauchen damit all die Probleme auf, derentwegen die Teilnichtigkeit

<sup>41</sup> RGZ 91, 204, 207; *Palandt/Heinrichs* § 326, 5 a bb; *MünchKomm/Emmerich* § 326, 55 mwN.; *Staudinger/Otto* § 326, 101.

<sup>42</sup> Vgl. oben § 8 I 1 a, b.

<sup>43</sup> *Erman/Westermann*<sup>6</sup> § 140, 1; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 139, 24; § 140, 19; *Flume* II § 32 9 c; ähnlich *Soergel/Hefermehl* § 140, 1; BGH NJW 1974, 43, 45 („Interessenwertung“).

<sup>44</sup> RG JW 1910, 801, 802; BGHZ 19, 269, 273; *Erman/Brox* § 140, 12; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 140, 21; *Soergel/Hefermehl* § 140, 1; *Larenz* AT § 23 III; *Lange/Köhler* § 50 III 1; *Siller* AcP 138, 184.

<sup>45</sup> BGH NJW 1974, 43, 44; *Soergel/Hefermehl* § 140, 7; *Siller* AcP 138, 171.

<sup>46</sup> RG SeuffArch 80 Nr. 110; BGH LM Nr. 3 zu § 140 BGB; *Soergel/Hefermehl* § 140, 1; vgl. dazu genauer § 20 I, II.

<sup>47</sup> BGH NJW 1963, 339, 340 (Umdeutung eines Miteigentumsanteils in ein Dauerwohnrecht); *Erman/Westermann*<sup>6</sup> § 140, 2; *Soergel/Hefermehl* § 140, 5; *Westermann* JZ 1963, 369; *Siller* AcP 138, 184 f.; a. A. *Staudinger/Dilcher* unter fälschlicher Berufung auf BGH NJW 1963, 339. Von der Anwendbarkeit des § 140 BGB auch auf synallagmatische Verträge gehen aus BGHZ 19, 269, 271 ff.; 26, 320, 327 ff.; BGH LM Nr. 3 zu § 140 BGB.

<sup>48</sup> BGH NJW 1963, 339, 340; in RGZ 110, 391, 392, das der BGH zitiert, ging es freilich um

gemäß § 139 BGB bei synallagmatischen Verpflichtungen in der Regel abgelehnt wird. Daher fordert auch die Mindermeinung, daß die Gegenleistung der durch die Umdeutung benachteiligten Partei unverändert bleiben müsse.<sup>49</sup>

Umgekehrt darf die Umdeutung für den, dessen Leistungspflicht (teilweise) nichtig ist, nach mehrheitlich vertretener Ansicht nicht zu einer Erweiterung des Vertrages führen.<sup>50</sup> Dies entspricht der Voraussetzung bei § 139 BGB, daß die Gegenleistung desjenigen Vertragspartners, zu dessen Gunsten die Teilnichtigkeit statuiert wird, nicht erhöht werden darf.<sup>51</sup>

Unproblematisch ist nach dem Gesagten die Umdeutung jedenfalls bei Gestaltungsrechten und nicht synallagmatischen Verträgen. Denn hier ist jedenfalls davon auszugehen, daß der Handelnde mit der weniger weit reichenden, aber rechtlich möglichen Rechtsfolge einverstanden ist.<sup>52</sup> Dies ist aber z. B. nicht der Fall, wenn sich – wie bei der Anfechtung anstelle eines nicht möglichen Rücktritts – für den Berechtigten Schadensersatzpflichten oder sonstige Nachteile ergeben. Ferner gilt der geschilderte Grundsatz nur, wenn nicht an die Gestaltungsrechte unterschiedliche Gegenrechte des jeweils Betroffenen geknüpft sind – etwa das Widerspruchsrecht des Mieters bei der ordentlichen Kündigung –, da sich dessen Position sonst verschlechtern würde; das wäre mit dem Zweck dieser Gegenrechte nicht zu vereinbaren.

3. Sind Konversionsklauseln ausdrücklich vereinbart, so entfällt nach allgemeiner Ansicht die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens; dann liege ein bedingtes Rechtsgeschäft vor.<sup>53</sup> Jedenfalls aber gebühre dem wirklichen Willen der Vorrang, weil (und soweit) er zum Ausdruck gekommen sei.<sup>54</sup> Bei nicht ausdifferenzierten Konversionsklauseln können diese Grundsätze allerdings der oben dargestellten Rechtslage im Rahmen des § 139 BGB<sup>55</sup> widersprechen, wonach salvatorischen Klauseln in einer Reihe von Fällen nur ein eingeschränkter Wirkungsgrad zuzuerkennen ist. Eine unterschiedliche Behandlung beider Methoden der Inhaltsermittlung des Rechtsgeschäfts verbietet sich aber schon deswegen, weil die Differenz zwischen beiden Arten salvatorischer Klauseln allenfalls in der Wahl der verwendeten Worte, nicht aber im rechtsgeschäftlich intendierten Ziel besteht. Umgekehrt sind freilich Konversionsklauseln auch in all den Fällen überflüssig, in denen die

---

einen einseitig verpflichtenden Vertrag (Schenkung); *Erman/Brox* § 140, 12; *Lange/Köhler* § 50 III 3; vgl. dazu unten § 15 II 4.

<sup>49</sup> *Reinicke* S. 115 ff. Fälle einer so verstandenen Umdeutung erscheinen allerdings im Gebiet der synallagmatischen Verträge kaum mehr denkbar.

<sup>50</sup> Vgl. oben § 11 I 2.

<sup>51</sup> Vgl. oben § 10 III 2.

<sup>52</sup> *Flume* II § 32 9 e a. E. sieht in derartigen Fällen kein Problem des § 140 BGB, sondern allgemeiner Rechtssätze; er verzichtet deshalb auf die Prüfung des hypothetischen Willens; sachlich macht das wegen der im Text dargestellten Interessenlage keinen Unterschied.

<sup>53</sup> *MünchKomm/Mayer-Maly* § 140, 6; *Flume* II § 32 9 d; in der dogmatischen Einordnung nicht ganz klar RGZ 125, 209, 212.

<sup>54</sup> *Staudinger/Dilcher* § 140, 10; *Brox* AT Rdn. 321; *Siller* AcP 138, 166; *Fischer* Festschrift für Wach S. 196, vorsichtiger aber S. 252: „vielfach“ kein Raum für Konversion.

<sup>55</sup> Vgl. oben § 10 III 3.

Aufrechterhaltung des Geschäfts aus übergeordneten Gesichtspunkten ohnehin gefordert ist.

Der hypothetische Wille kann auch dem wirklichen Willen vorgehen, falls dieser in Unkenntnis der Nichtigkeit des Geschäfts geäußert wurde. Läßt sich nämlich nicht widerlegen, daß den Parteien die Erzielung des wirtschaftlichen Erfolges wichtiger war als die Wahl des – rechtlich nicht möglichen – Mittels, so genügt der erstgenannte Gesichtspunkt zur Legitimation der Konversion;<sup>56</sup> anders ist es nur, wenn der wirkliche (die Umdeutung ablehnende) Wille auch für den Fall der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ermittelt wird.<sup>57</sup> Diese Grundsätze können allerdings entgegen der h.M. wiederum nicht gelten, wenn sich die Aufrechterhaltung des Geschäfts aus übergeordneten Gesichtspunkten als notwendig erweist.

---

<sup>56</sup> BGHZ 19, 269, 274 f.; zustimmend *Battes* AcP 174, 144 f.; MünchKomm/Mayer-Maly § 140, 29; a. A. für den konkreten Fall *Soergel/Hefermehl* § 140, 7; *Staudinger/Dilcher* § 140, 11; *Larenz* AT § 23 III; *Flume* II § 32 9d; I 1 § 13 III, der für ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund plädiert; *Krampe* S. 226; die Kritik von *Lieb* S. 34 richtet sich gegen die Einordnung des Falles unter § 140 BGB, er sieht die Frage als Problem der Auslegung, vgl. *Krampe* S. 225; das verkennt *Flume* I 1 § 13 III.

<sup>57</sup> BGH NJW 1971, 420.

## 4. Kapitel: Die Notwendigkeit einer einheitlichen Lösung

### § 12 Lösungsvorschläge in der Literatur

Die Judikatur verwirrt. Befremden schon verschiedene Ergebnisse in Abhängigkeit vom jeweiligen dogmatischen Ansatzpunkt, obwohl es doch immer um die Frage geht, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsgeschäft im gesetzeskonformen Umfang aufrechterhalten werden kann, so erscheinen Unterschiede bei der Anwendung ein und derselben Norm kaum mehr begründbar – man denke etwa an die verschiedene Behandlung der Wucherproblematik bei Darlehen und Miete durch die h.M. Es verwundert daher nicht, daß immer wieder in der Literatur Vorschläge gemacht werden, die eine einheitliche und konsistente Lösung versuchen. Hier sollen nicht alle Konzepte aufgelistet werden; es geht vielmehr darum, die wichtigsten Alternativen anhand eines Vertreters darzustellen und dabei exemplarisch das Für und Wider zu erwägen.

#### *I. Totalnichtigkeit*

Verstoßen Verträge wegen des Übermaßes der einer Partei aufgebürdeten Verpflichtungen gegen höherrangiges Recht, insbesondere gegen die guten Sitten, so plädiert *Zimmermann* generell für Totalnichtigkeit. Über § 139 BGB lasse sich quantitative Teilnichtigkeit nicht begründen, da nicht ein Teil der übermäßigen Leistungspflicht, sondern diese im Ganzen zu beanstanden sei.<sup>1</sup> § 140 BGB betreffe nur die Fälle, in denen lediglich das Mittel, nicht jedoch der angestrebte wirtschaftliche Erfolg von der Rechtsordnung mißbilligt werde.<sup>2</sup> Auch andere Normen – wie § 343 BGB<sup>3</sup> oder § 242 BGB<sup>4</sup> – seien untauglich als Ansatzpunkte für die teilweise Aufrechterhaltung. Demgegenüber biete das Bereicherungsrecht für den sittenwidrig Übervorteilten genügend Schutz. Insbesondere verbiete § 817 Satz 2 BGB die vorzeitige Rückforderung,<sup>5</sup> verhindere aber nicht, daß der schutzwürdige Teil seinerseits eine angemessene Gegenleistung zu erbringen habe.<sup>6</sup>

Diese Konzeption krankt an mehreren Punkten. Zu pauschal ist jedenfalls die

---

<sup>1</sup> *Zimmermann* S. 76f.; ähnlich auch die Theorie vom Kausalzusammenhang, mit der *Götz* den Streit um das Schicksal teilweise nichtiger AGB-Klauseln klären will (NJW 1978, 2225; vgl. dazu oben § 8 I 1 c).

<sup>2</sup> *Zimmermann* S. 85.

<sup>3</sup> AaO. S. 89 ff.

<sup>4</sup> AaO. S. 93 ff.

<sup>5</sup> AaO. S. 170 f.

<sup>6</sup> AaO. S. 172 ff. unter Anlehnung an die Konstruktion *Flumes*, es liege eine Nichtleistungskondition vor; vgl. dazu schon § 9 Fn. 76.

Ablehnung einer Auslegung, die zu einem sittenkonformen Inhalt führt,<sup>7</sup> gerade wenn man an die entsprechenden Kodifikationen im AGBG denkt. Zumindest zweifelhaft ist, ob Teilnichtigkeit wirklich voraussetzt, daß sich der „Teil“ auf ein durch Streichung einzelner Passagen der Vereinbarung abtrennbares Regelungsstück beschränkt;<sup>8</sup> dies erscheint als ziemlich formalistisch. Der entscheidende Einwand aber resultiert daraus, daß *Zimmermann* sich wegen des Schutzbedürfnisses der sittenwidrig übervorteilten Partei im Ergebnis gerade der von ihm bekämpften Auffassung – der Teilnichtigkeit – wieder weitgehend annähert, ja annähern muß.<sup>9</sup> So zieht er im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Abwicklung (!) den Mieterkündigungsschutz gemäß § 564 b Abs. 2 Nr. 1 BGB analog heran.<sup>10</sup> Gleiches müßte allerdings auch für die sonstigen Schutzvorschriften – man denke an die §§ 538, 556 a BGB, Art. 2 2. WKSchG und dgl. – gelten, soll sich nicht die Nichtigkeit im Endeffekt gegen den zu Schützenden richten. Umgekehrt scheint es aber dann konsequent, § 539 BGB oder ähnliche, Obliegenheiten des Mieters begründende Normen anzuwenden, da kein Grund besteht, den Mieter insoweit besser zu stellen, als er bei Gültigkeit des Vertrages stünde, und das vom Gesetz vorgesehene Rechte- und Pflichtenverhältnis zu verändern. Bevor man aber strikt auf Totalnichtigkeit beharrt,<sup>11</sup> die vom Gesetz vorgesehenen Mieterschutzvorschriften jedoch analog anwendet – also vom Ergebnis her die Partner so behandelt, als liege ein gültiger Vertrag vor –, ist es auch vom methodischen Ansatz her sinnvoller, durch Modifikation der Nichtigkeitsfolge dem Schutzinteresse Rechnung zu tragen. Dies gilt um so mehr, als schon die Prämisse nicht stimmt: § 817 Satz 2 BGB ermöglicht eben nicht die Verweigerung der sofortigen Rückgabe des Darlehens oder der gemieteten Sache.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> AaO. S. 28 Fn. 53 „Fiktion“.

<sup>8</sup> AaO. S. 77; skeptisch insoweit auch MünchKomm/Mayer-Maly Nachtrag § 138, 134.

<sup>9</sup> Grunsky ZJP 94, 116.

<sup>10</sup> *Zimmermann* S. 171. – In besonders große Schwierigkeiten gerät *Zimmermann* bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines überlangen, daher sittenwidrigen Bierlieferungsvertrages. Hier müßte auf den Bereicherungsanspruch der Brauerei aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB § 817 Satz 2 BGB angewendet werden, weil die Lieferung der Erfüllung des den Gastwirt übermäßig einengenden Vertrages diene, so daß der Gastwirt im Endeffekt für das gelieferte Bier keine Gegenleistung zu erbringen hätte. Z. scheint aber selbst Bedenken zu bekommen, ob diese Lösung vertretbar ist. Er geht nämlich davon aus, daß, anders als beim Wucher, auch der Gastwirt durch die Bezahlung sittenwidrig gehandelt habe (!), so daß auch bezüglich des gezahlten Geldes § 817 Satz 2 BGB eingreife und es beim Status quo verbleibe (S. 175). Daran ist schon zweifelhaft, worin hier der Unterschied zum Wucher bestehen soll, warum also nicht auch dort die Leistung der Zinsen sittenwidrig war, ihrer Rückforderung also § 817 Satz 2 BGB entgegensteht. Diese Parallele zeigt auch, daß der Ausgangspunkt nicht richtig sein kann, wonach der Gastwirt, wegen dessen überlanger Verpflichtung zum Bierbezug der Vertrag unter § 138 BGB fällt, durch die Bezahlung des gelieferten Bieres sittenwidrig gehandelt haben soll. Z. bleibt den Beweis schuldig, daß der unmittelbare Zweck der Bezahlung anstößig war.

<sup>11</sup> *Zimmermann* S. 202: „Sint ut sunt aut non sint“.

<sup>12</sup> Vgl. oben § 9 III 1 d.



## II. Vertrauenshaftung

Auch *Käßer* akzeptiert in ihrer Untersuchung über den fehlerhaften Arbeitsvertrag vom Ansatzpunkt her die Totalnichtigkeit,<sup>13</sup> will aber dem in gesetz- oder sittenwidriger Weise Übervorteilten einen Erfüllungsanspruch nach den Regeln der Vertrauenshaftung kraft Erwirkung oder infolge des Grundsatzes des *venire contra factum proprium* zuerkennen.<sup>14</sup> Wo diese Regeln nicht eingriffen, werde das nichtige Geschäft nach Bereicherungsrecht abgewickelt; der Wert der vom Arbeitgeber erlangten Leistung richte sich nach der marktüblichen Einschätzung der Arbeitskraft;<sup>15</sup> freilich stehe bei Bösgläubigkeit des Arbeitnehmers seinem Anspruch § 817 Satz 2 BGB entgegen.<sup>16</sup>

1. Von diesen Grundsätzen macht *Käßer* aber selbst wieder eine Ausnahme, wenn es um den Verstoß einer Nebenabrede gegen zwingendes Arbeitsrecht geht. In diesem Falle komme das Gesetz automatisch ersatzweise zur Geltung.<sup>17</sup> Diesem Ergebnis ist zuzustimmen; es wäre wenig überzeugend, hier den Arbeitnehmer nicht zu schützen, selbst wenn er weiß, daß die getroffenen Abreden gegen ein Gesetz verstoßen. Der Arbeitnehmer wird sich in derartigen Fällen oft nur deshalb zu dem Vertragsschluß unter solchen Bedingungen bereitfinden, weil jedenfalls seine Unerfahrenheit ausgenützt wird. Dann aber kann seine Schutzwürdigkeit nicht verneint werden; es ist Zweck gerade des Arbeitsrechts, auf jeden Fall einen gewissen Mindestinhalt der Verträge zu gewährleisten.<sup>18</sup> Sonst könnte beispielsweise der Kündigungsschutz dadurch umgangen werden, daß er vertraglich ausgeschlossen wird und der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf den Gesetzesverstoß hinweist.

Allerdings ist es dann wenig plausibel, diese Grundsätze nur anzuwenden, wenn eine Nebenabrede gegen ein Gesetz verstößt. Vielmehr müssen sie auch gelten, wenn eine vereinbarte Hauptpflicht teilweise rechtswidrig ist, zumal da Haupt- und Nebenabrede oft kaum abgrenzbar sind. Auch die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ist trotz ihres vertraglichen Ausschlusses somit selbst dann geschuldet, wenn der Arbeitnehmer von der Rechtswidrigkeit des Arbeitsvertrags in diesem Punkt wußte.<sup>19</sup> Der Unterschied zum Lohnwucher ist freilich kein so grundlegender mehr.

---

<sup>13</sup> *Käßer* S. 65 ff.

<sup>14</sup> AaO. S. 104 ff., 133 ff. unter Berufung auf *Canaris* Vertrauenshaftung S. 287 ff.

<sup>15</sup> AaO. S. 162 f.

<sup>16</sup> AaO. S. 167 f.

<sup>17</sup> AaO. S. 78 mit Fn. 112; S. 140 mit Fn. 169. Wenn *Käßer* S. 78 sich gegen die Umkehrung des § 139 BGB wendet, so steht das mit ihren eigenen Ausführungen S. 78 Fn. 112 in Widerspruch, wonach bei unzulässigen Abweichungen einzelner Klauseln von zwingendem Arbeitsrecht ohne weitere Prüfung dieses zur Anwendung kommt. Das heißt doch gerade, daß es auf den (hypothetischen) Parteiwillen nicht mehr ankommen kann, wie er traditionell verstanden wird, zumal da K. Haupt- und Nebenabreden nicht voneinander abgrenzt.

<sup>18</sup> So auch *Sack* RdA 1975, 181.

<sup>19</sup> So stellt auch *Käßer* S. 144 im Fall BAG 8, 47, wo der Arbeitnehmer in einem zweiten Beschäftigungsverhältnis gestanden war und deshalb unzulässige Mehrarbeit geleistet hatte, darauf ab, ob der Arbeitnehmer darauf vertrauen durfte, er arbeite nicht ohne Anspruch auf Gegenleistung, was nur bei *genauer* Kenntnis des Verstoßes nicht der Fall gewesen sein soll.

daß er eine prinzipiell andere Behandlung rechtfertigen könnte. Insbesondere wäre nicht ersichtlich, warum hier im Gegensatz zu den soeben dargestellten Fällen nur nach den Grundsätzen der Vertrauenshaftung geholfen werden könnte, die ja bei Wucher in der Regel an der Bösgläubigkeit des Arbeitnehmers scheitern; dies gilt um so mehr, als sogar der Bereicherungsanspruch wegen § 817 Satz 2 BGB ausscheidet.<sup>20</sup>

2. Erweist sich somit bei Gesetzen, die zugunsten einer Vertragspartei den Inhalt der Abrede zwingend vorschreiben bzw. gewisse Gestaltungen, nicht jedoch den Abschluß des Vertrages, verbieten, schon das Erfordernis des guten Glaubens als wenig sachgerecht, so bestehen Bedenken auch, was eine weitere Voraussetzung der Erfüllungshaftung kraft Vertrauenshaftung betrifft, nämlich die Manifestation des Vertrauens.<sup>21</sup> Das wird deutlich, wenn man die Höchstpreisvorschriften in die Überlegung miteinbezieht. Das Schutzbedürfnis des Käufers sowie der Zweck des Gesetzes ist unabhängig von einer Vertrauensinvestition; eine solche ist hier auch vor der Erfüllung des Vertrages schwer vorstellbar, zumindest soweit Konsumgüter betroffen sind. Trotzdem liefe Totalnichtigkeit sowohl den volkswirtschaftlichen Intentionen des Gesetzgebers als auch dem mit dem Gesetz angestrebten Schutz des Käufers zuwider.

3. Andererseits vermögen die Argumente nicht zu überzeugen, mit denen der Vertrauenshaftung gegenüber einer Ersetzung der Totalnichtigkeit durch Teilnichtigkeit der Vorrang gegeben wird: diese laufe darauf hinaus, Rechtsfolgen an einen nur teilweise verwirklichten Tatbestand zu knüpfen. Wichtig ist freilich, zu differenzieren zwischen den Fällen, in denen eine gesetzeskonforme Reduktion überhaupt möglich ist, und den Konstellationen, in denen eine solche ausscheidet – man denke an den Fall, daß schon der Zweck des Vertrages gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Bei jenen kann nicht von einem teilweise verwirklichten Tatbestand gesprochen werden;<sup>22</sup> es geht vielmehr darum, daß trotz Erfüllung aller Tatbestandsvoraussetzungen der Verbotsnorm der Schutzzweck eben dieser Norm die Auf-

<sup>20</sup> *Käßer* S. 165 ff. Das zeigt m. E. die Lösung des Falles LAG Bremen AP Nr. 33 zu § 138 BGB durch *Käßer* S. 135 f. Dem zu Hungerlohn eingestellten Ehepaar wird nicht nur jeder Erfüllungsanspruch, sondern auch der bereicherungsrechtliche Ausgleich versagt (S. 168). Der Arbeitgeber hat auch bei längerfristiger Tätigkeit seiner Arbeitnehmer diese ohne jede Verpflichtung zur (nicht sittenwidrigen) Gegenleistung erlangt.

<sup>21</sup> Dazu *Käßer* S. 113 f.; vgl. dazu auch die Diskrepanzen innerhalb der h. M., was das wucherische Arbeitsverhältnis einerseits (vgl. oben § 9 III 3) und den Verstoß gegen zwingendes Arbeitsrecht andererseits betrifft (vgl. oben § 8 II 3 a).

<sup>22</sup> *Käßer* S. 61 hält aber *Sack* RdA 1975, 171 ff. vor, seine Konzeption laufe darauf hinaus. Richtig an der Kritik ist, daß die von *Sack* vorgeschlagene Differenzierung zwischen Nichtigkeit ex nunc und ex tunc (aaO. S. 177, 180 f.) für die hier untersuchten Fragen keine Lösung bietet; dies zeigt sich insbesondere beim (rechtswidrigen) Ausschuß des Kündigungsschutzes. *Sack* schlägt daneben auch die Lösung der Teilnichtigkeit, insbesondere der quantitativen Teilnichtigkeit vor (aaO. S. 178, 181), ohne allerdings auf den Unterschied zwischen den verschiedenen Fällen hinzuweisen und sie voneinander abzugrenzen. – Nicht gefolgt werden kann *Sack* aber jedenfalls bei seinem Vorschlag, einen wucherischen Vertrag auf das eben nicht mehr sittenwidrige Maß zu reduzieren (aaO. S. 178, vgl. dazu unten § 20 II, III).

rechterhaltung des Vertrages im gesetzlich zulässigen Ausmaß nicht hindert bzw. sogar erfordert. Der Schutzzweck erfordert eine Differenzierung der Rechtsfolgen, ohne die Tatbestandsvoraussetzungen zu modifizieren. Dem Konzept der Vertrauenshaftung in ihrer Ausprägung als Erfüllungshaftung widerspricht dies nicht; diese ist subsidär, greift also nur ein, wenn die von der Rechtsordnung „an sich“ zur Verfügung gestellten Schutzmöglichkeiten in rechtsethisch untragbarer Weise versagen.<sup>23</sup> Für die Vertrauenshaftung bleibt die zweite Fallgruppe, in der ein gesetzmäßiger Zustand auch nicht durch eine Reduktion der Pflichten erreicht werden kann.<sup>24</sup>

### III. „Bösgläubigkeit“ des gesetzwidrig Handelnden

Anders als die Konzeption der Vertrauenshaftung hält *Lindacher* nicht den guten Glauben des schutzwürdigen Vertragspartners für das entscheidende Kriterium, den Ausschlag gebe vielmehr die Kenntnis des sitten- oder gesetzwidrig Handelnden, daß ein Verstoß vorliege. Wissen der durch die Abrede Begünstigte von der Kollision des Rechtsgeschäfts mit höherrangigem Recht, so trete Totalnichtigkeit ein. Dies sei unter dem Gesichtspunkt der Prävention geboten; die bewußt gegen das Gesetz verstoßende Partei setze sich damit dem Risiko aus, daß das Geschäft auch nicht in gesetzeskonformem Umfang aufrechterhalten bleibe, sondern für gänzlich nichtig erklärt werde.<sup>25</sup>

Der Vorschlag mag prinzipiell für Klauseln angebracht sein, die nur eine Partei begünstigen, bei deren Wegfall der Vertrag als ganzer jedoch nicht tangiert wird. Freilich wurde bereits gezeigt, daß diesem Ansatz in einem seiner wichtigsten Anwendungsgebiete, nämlich bei teilweise rechtswidrigen AGB-Klauseln, die Politik des Gesetzes entgegensteht.<sup>26</sup> Jedenfalls nicht zufrieden zu stellen vermag die Lösung, wenn die Ablehnung der Reduktion dem Vertrag insgesamt die Wirkung versagt wie im Falle des Wuchers.<sup>27</sup> Insofern gilt dasselbe, was zu den Vorschlägen der anderen Befürworter einer Totalnichtigkeit gesagt wurde.<sup>28</sup> Zudem entstehen

<sup>23</sup> *Canaris* Vertrauenshaftung S. 300f., 311, 542.

<sup>24</sup> Vgl. z. B. BGHZ 53, 152ff.; dazu *Canaris* Vertrauenshaftung S. 334 Fn. 107 a und *Käßer* S. 141ff.

<sup>25</sup> *Lindacher* AcP 173, 128ff.; *ders.* Vertragsstrafe S. 208f.; *ders.* JR 1977, 413; zum Teil auch *Sack* RdA 1975, 180, der den Arbeitsvertrag in der Regel zwar nur als ex nunc nichtig betrachtet, der bösgläubigen Partei aber die Berufung auf die vertraglichen Ansprüche verwehrt; eine Ausnahme gilt aber seiner Ansicht nach bei Schutzgesetzen (aaO. S. 181; vgl. bei Fn. 18); eine Reihe von Autoren folgt *Lindacher* beim Problem der Totalnichtigkeit teilweise rechtswidriger AGB-Klauseln; vgl. z. B. *Palandt/Heinrichs* AGBG vor § 8, 3b; *Kötz* NJW 1979, 789; *Eike Schmidt* JA 1980, 406; ablehnend zur Konzeption *Lindachers* *Staudinger/Dilcher* § 138, 108; *Zimmermann* S. 81ff.; a. A. auch *Bartholomeyczik* Festschrift zum 150jährigen Bestehen des OLG Zweibrücken S. 63; vgl. genauer oben § 8 I 1.

<sup>26</sup> Vgl. oben 8 I 1c.

<sup>27</sup> *Lindacher* AcP 173, 130.

<sup>28</sup> Vgl. die Argumente gegen *Zimmermann* oben § 12 I; in JR 1977, 413 deutet *Lindacher* denn auch am Beispiel des Bierlieferungsvertrages eine Ausnahme der aufgestellten Grundsätze.

Probleme in den Fällen, in denen § 138 BGB im Einzelfall nicht den Schutz einer Partei intendiert. Gerade wenn das Sittenwidrigkeitsverdict nicht zugunsten einer Partei angeordnet ist, kann die Berücksichtigung des von *Lindacher* in seine Untersuchung gar nicht einbezogenen (hypothetischen) Willens zur Totalnichtigkeit führen.<sup>29</sup>

#### IV. Institutionelle Schranken

Die bisher geschilderten Lösungsversuche setzten samt und sonders bei der Frage an, ob und in welchem Umfang die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts trotz eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht sich vermeiden läßt. Dagegen siedelt *Eckstein* das Problem der übermäßig belastenden Leistungspflichten in synallagmatischen Verträgen von vornherein nicht bei § 138 BGB an. Es gehe vielmehr um die Grenzen der Möglichkeit, Persönlichkeitsrechte einzuschränken; zu diesen gehöre insbesondere die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit. Das allerdings habe mit dem Problem der Unsittlichkeit nichts zu tun;<sup>30</sup> § 138 BGB betreffe nämlich nur die Fälle der qualitativen, nicht aber die der quantitativen Teilnichtigkeit.<sup>31</sup> Eine Auslegung der entsprechenden Verträge ergebe, daß die Parteien die wirtschaftliche Freiheit beschränken wollten, soweit dies irgend möglich sei.<sup>32</sup> Umgekehrt bleibe der Wille des unsittlich Handelnden unbeachtlich, er habe beispielsweise nur zu wucherischen Zinsen abschließen wollen; es sei nämlich der Grundsatz jeder Rechtsordnung, daß der Unlauterkeit nicht Rechnung getragen werden dürfe.<sup>33</sup> Eine Reduktion folge auch aus den §§ 139, 140 BGB, die zwar nicht direkt, aber ihrem Rechtsgedanken nach anzuwenden seien.<sup>34</sup> Freilich sei die Gegenleistung entsprechend zu ermäßigen.<sup>35</sup> Die Quintessenz dieses Ansatzes besteht darin, die Grenzen der Veräußerlichkeit der Freiheit als Schranken aufzufassen, die die Verträge nur insoweit vernichteten, als sie in das Gebiet der Inäquivalenz hineinragten.<sup>36</sup>

---

ze an, wenn die auf das zeitliche Maß begrenzte Regelungsgeltung auch und gerade im Interesse des Vertragspartners liege, ohne die Einpassung dieser Exzeption in seine Theorie zu erläutern.

<sup>29</sup> Nur mit dieser Einschränkung ist der Rüge *Zimmermanns* S. 83 zuzustimmen, *Lindacher* beachtet die Vorschrift des § 139 BGB nicht.

<sup>30</sup> *Eckstein* Arch BüRG 38, 207; 41, 182f.; zustimmend v. *Tuhr* II 1 § 51 I; *Lehmann/Hübner* § 29 IV 4; ablehnend *Lindacher* AcP 173, 130f.; *Zimmermann* S. 69ff.

<sup>31</sup> *Eckstein* Arch BüRG 41, 226.

<sup>32</sup> *Eckstein* Arch BüRG 38, 208f.; 41, 229ff., 259 für die sittenwidrige Vereinbarung einer Mankohaftung.

<sup>33</sup> *Eckstein* Arch BüRG 41, 230.

<sup>34</sup> *Eckstein* Arch BüRG 38, 208f.; 41, 229 (für § 140 BGB); v. *Tuhr* II 1 § 51 II (für § 139 BGB). *Eckstein* lehnt freilich in Arch BüRG 41, 227f. die Teilbarkeit eines Vertrages aufgrund von § 139 BGB ab, freilich mit dem Zweck, den Befürwortern der Totalnichtigkeit Wind aus den Segeln zu nehmen; insofern nicht ganz zutreffend *Zimmermann* S. 71 Fn. 69.

<sup>35</sup> *Eckstein* Arch BüRG 38, 209 für Konkurrenzverbot, anders 41, 230 für das Wucherdarlehen.

<sup>36</sup> *Eckstein* Arch BüRG 41, 226.

Methodisch liegt hierin eine Parallele zur Teilnichtigkeit aufgrund institutioneller Schranken. Damit ist freilich auch schon die entscheidende Schwäche der Argumentation angesprochen. Zum einen erscheint eine Abgrenzung zwischen den institutionellen Schranken und dem Verdikt der Sittenwidrigkeit kaum möglich, wie sich schon an den Beispielen aus der Rechtsprechung gezeigt hat.<sup>37</sup> Auch die guten Sitten können als immanente Grenzen der Privatautonomie interpretiert werden, sie sind insofern institutionelle Schranken. Vor allem aber ist eine Differenzierung der Rechtsfolgen nicht plausibel, selbst wenn man den kritisierten Ausgangspunkt von *Eckstein* akzeptiert. Die Argumente für Teilnichtigkeit basieren bei der Beschränkung der Freiheitsrechte auf denselben Überlegungen, wie sie bei (direkter) Anwendung des § 138 BGB relevant sind. In beiden Fällen geht es um übergeordnete Gesichtspunkte; wenn Teilnichtigkeit legitimierbar ist, dann nicht aufgrund des unterschiedlichen dogmatischen Ansatzes, sondern nur wegen der beteiligten Interessen.<sup>38</sup>

#### V. Aufspaltung der Willenserklärung

*Herzog* spaltet die Vereinbarung eines Dauerschuldverhältnisses in zwei voneinander zu trennende Willenserklärungen auf, eine Grund- und eine Ergänzungsabrede. Der Wille einer Partei könne sich nämlich immer nur auf einen Punkt richten, der nicht mehr weiter zerlegbar sein dürfe. Durch die Grundabrede werde lediglich die Bindung festgelegt, die konkrete Dauer sei das Ergebnis der Ergänzungsabrede. Nur diese aber verstoße gegen zwingendes Recht, wenn die Bindung über das nach den guten Sitten zulässige Maß hinausgehe,<sup>39</sup> während nach § 139 BGB die Grundabrede nicht nichtig sei.<sup>40</sup> Sehe das Gesetz eine absolute Grenze vor, so sei die nichtige Ergänzungsabrede durch diese zu komplettieren, anderenfalls sei das zulässige Maß den §§ 315 f. BGB zu entnehmen.<sup>41</sup>

Gegen die theoretische Konstruktion sind immer wieder Einwände vorgebracht worden. In der Tat läuft die von *Herzog* vorgenommene Zerlegung der rechtsgeschäftlichen Erklärungen auf eine Fiktion des entsprechenden Parteiwillens hinaus.<sup>42</sup> Ungeklärt ist ferner das Verhältnis zwischen hypothetischem Parteiwillen und Schutzzweck der Norm. Immerhin könnte die Berücksichtigung des Willens dazu führen, daß bei Fehlen einer Schutznorm zugunsten einer Partei der Vertrag als ganzer der Totalnichtigkeit verfiel.

---

<sup>37</sup> Vgl. oben § 7.

<sup>38</sup> Vgl. auch *Lindacher* AcP 173, 131.

<sup>39</sup> *Herzog* S. 26 f.; zustimmend zur Konzeption *Wenk* DRiZ 1928, 102; *Nipperdey* JW 1929, 570; *Ruth* AcP 128, 234 ff.; *Staudinger/Nipperdey/Neumann*<sup>11</sup> § 611, 100.

<sup>40</sup> *Herzog* S. 75 ff.; 82 f.

<sup>41</sup> *AaO.* S. 88 ff.

<sup>42</sup> Vgl. nur *Zimmermann* S. 68; *Pierer von Esch* S. 60 f.; *Naendrup* S. 50 f.; *Nolden* S. 41; *Raiser* S. 321 Fn. 1; *von Brasch* S. 82; *Siller* AcP 138, 150 f.

### § 13 Die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts als Resultat des Parteiwillens und des zwingenden Rechts

#### I. Theoretische Lösungswege

Vermögen somit auch die Ansätze in der Literatur nicht zu befriedigen, die eine einheitliche Lösung versuchen, so muß man sich zunächst vergegenwärtigen, wie man das Problem bewältigen kann. Grundsätzlich bieten sich zwei Wege an. Widersprüche, wie sie im 3. Kapitel gezeigt wurden, lassen sich einmal vermeiden, falls es gelingt, die einzelnen Vorgehensweisen zur Ermittlung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts – also Auslegung, Teilnichtigerklärung usw. – durch hinreichend aussagekräftige Kriterien voneinander abzugrenzen und dann für jeden Weg gesonderte Regeln – etwa zur Anwendung des § 139 BGB – zu erarbeiten. Zum zweiten könnte man versuchen, gemeinsame Prinzipien nachzuweisen, die die Feststellung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts bestimmen, unabhängig davon, ob diese Inhaltsermittlung im Wege der Auslegung oder Teilnichtigerklärung erfolgt.

Schon vordergründig spricht gegen den ersten Weg das vorgestellte Fallmaterial, bei dem eine solche Abgrenzung der h. M. ersichtlich nicht geglückt ist. Selbst wenn sie gelingen sollte, erübrigte das nicht eine Untersuchung, ob die Unterscheidung Wertungswidersprüche vermeidet oder ob nicht auch hier zumindest zusätzlich einheitliche Prinzipien heranzuziehen sind. Es bietet sich daher an, die zweite Möglichkeit näher ins Auge zu fassen. Im Rahmen dieser Analyse wird zugleich zu zeigen versucht, daß die jeweils genannten Kriterien für die Abgrenzung von Auslegung, Teilnichtigerklärung und dgl. nicht zu überzeugen vermögen.

#### II. Trennung Auslegung – Kontrolle?

Freilich scheint sich schon die Unterscheidung zwischen Auslegung des Rechtsgeschäfts und Überprüfung des Auslegungsergebnisses anhand höherrangigen Rechts zumindest theoretisch leicht ziehen zu lassen. Fast durchweg wird nämlich angenommen, daß Auslegung der Kontrolle vorgehe.<sup>1</sup> Diese Ansicht krankt allerdings daran, daß keine Abgrenzungskriterien genannt werden; auch die h. A. gelangt im Ergebnis zu einer Vermengung von Auslegung und Kontrolle. Für einen der prak-

---

<sup>1</sup> Palandt/Heinrichs<sup>40</sup> § 133, 4 a. E.; § 138, 1 f. bb; Soergel/Hefermehl § 133, 25; Schlegelberger/Schröder § 74 a, 1 a; besonders dezidiert schon Oertmann S. 238 ff., der allerdings Auslegung nur als Ermittlung des konkreten Tatbestandes, nicht auch der Rechtsfolgen ansieht; ähnlich Flume II § 16 3 a; für das Verhältnis von Auslegung und Inhaltskontrolle bei AGB vgl. z. B. Palandt/Heinrichs AGBG vor § 8, 4 d; Staudinger/Schlosser § 5, 5; Ulmer § 5, 2, 18; Larenz AT § 29 a II; Kötz NJW 1979, 786; Ulmer NJW 1981, 2026; anders wohl Fikentscher § 26 IV, demzufolge der Inhalt eines Schuldverhältnisses zuerst durch zwingendes Recht bestimmt wird, wenn überhaupt aufgrund der Parteivereinbarung ein Schuldverhältnis zustande gekommen sei; erst dann sei der rechtsgeschäftliche Wille durch Auslegung zu berücksichtigen.

tisch relevanten Fälle – der Unterscheidung zwischen (einengender) Auslegung und Inhaltskontrolle von AGB – wurde dies schon gezeigt.<sup>2</sup> Es kommt hinzu, daß auch und gerade in diesem Fall die Rechtsfolgen sich entsprechen, nämlich (de facto) Teilnichtigkeit eintritt.<sup>3</sup> Nicht nur für diesen Spezialfall ist die h. A. gerade deshalb wenig überzeugend, weil auch die an sich naheliegende Überlegung, auf den Wortlaut abzustellen,<sup>4</sup> sich als kaum unterscheidungskräftig erweist. Den Text als Grenze der Auslegung anzusehen,<sup>5</sup> verbietet schon die Regel der *falsa demonstratio*.<sup>6</sup> So wird auch und gerade von den Verfechtern einer strengen Trennung diese in der praktischen Anwendung durchaus nicht konsequent durchgeführt. Hat etwa der Verwender an die Situation nicht gedacht, so wird eine einschränkende Auslegung gegen den Wortlaut selbst bei AGB zugelassen.<sup>7,8</sup>

### III. Die Funktion des zwingenden Rechts bei der Ermittlung des Inhalts des Rechtsgeschäfts

Die h. M. hat zur – meist unausgesprochenen – Prämisse, daß zwingendes Recht nur Kontrollfunktion hat, nicht aber auch der Erschließung des Inhalts des Rechtsgeschäfts dient.<sup>9</sup> Wie bei der Besprechung der verfassungskonformen Auslegung schon dargelegt, kann man eine solche Überlagerung der beiden Aufgaben bei höherrangigem Recht zwar nicht ohne nähere Prüfung bejahen; bei der Interpretation von Gesetzen folgte sie im Ergebnis aus dem Respekt vor der Autorität des Gesetzes und aus dem Bestreben, Lücken der normativen Regelung zu vermeiden.<sup>10</sup> Es läßt sich zeigen, daß für den hier interessierenden Zusammenhang ähnliche Grundsätze

<sup>2</sup> Vgl. oben § 6 I 4 b.

<sup>3</sup> Vgl. oben § 6 I 4 b und § 8 I 1 e.

<sup>4</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 1980, 831, 832, allerdings für den Spezialfall des Verfahrens nach §§ 13 ff. AGBG, vgl. dazu oben § 6 I 4 b.

<sup>5</sup> Vgl. dazu vorläufig statt vieler *Soergel/Hefermehl* § 133, 24.

<sup>6</sup> S. dazu unten § 14 I 1.

<sup>7</sup> *Staudinger/Schlosser* § 6, 17 a; dazu oben § 8 I 1 a und § 6 I 4 b; *Schlosser* selbst räumt an der zitierten Stelle ein, daß die Auslegung vom Wortlaut nicht mehr gedeckt sei, ermittelt also den Inhalt der fraglichen Klausel aufgrund weitergehender Überlegungen; *Schmidt-Salzer* F 60 läßt die Grenze zwischen Auslegung und geltungserhaltender Restriktion offen. – Vgl. auch die parallele Anwendung von Auslegung und Kontrolle bei der Frage zu langer Bierlieferungsverträge (oben § 9 IV) und bei der Kollision eines Rechtsgeschäftes mit § 1822 Nr. 5 BGB (oben § 10 I 2).

<sup>8</sup> Inkonsequent auch *Kötz* NJW 1979, 786, der annimmt, vor Erlaß des AGBG sei wegen der Unbestimmtheit des Kontrollmaßstabes des § 242 BGB Auslegung gegeben gewesen; das habe sich mit Erlaß der präzisen Regelung der §§ 10 ff. AGBG geändert. Sind Auslegung und Kontrolle streng zu trennen, so kann aber methodisch nicht erklärt werden, warum die Präzision des Kontrollmaßstabes die Abgrenzung beeinflussen soll; vgl. auch unten Fn. 40. Wenn *Ulmer* NJW 1981, 2026 den Anwendungsbereich der restriktiven Auslegung auf Fälle von Mehrdeutigkeit beschränken will, so wird dabei nicht hinreichend berücksichtigt, daß der „eindeutige“ Wortlaut seinerseits ein Produkt der Auslegung ist, vgl. dazu genauer unten § 13 IV 1.

<sup>9</sup> Vgl. zu diesem Begriffspaar oben § 5 I 1.

<sup>10</sup> Vgl. oben §§ 4 V, 5 I 2.

gelten: Nach der Konzeption des bürgerlichen Rechts bestimmt (auch) das zwingende Recht den Inhalt des Rechtsgeschäfts.

1. Daß zwingende Normen überhaupt einen Einfluß auf das Rechtsgeschäft haben, ist eine Trivialität. Im Kollisionsfall gehen sie vor. Das erkennen auch jene an, die die Bindung an das Rechtsgeschäft unabhängig von der konkreten Rechtsordnung bejahen, da insoweit ein Akt der Selbstverpflichtung vorliege.<sup>11</sup>

2. Darüber hinaus bewirken aber die Normen des bürgerlichen – auch des zwingenden – Rechts nicht nur eine Beschränkung des rechtsgeschäftlich Gewollten, sie haben vielmehr Leitbildfunktion bei seiner Ermittlung.<sup>12</sup>

a) Die Verbindung zwischen privatautonomer Regelung und objektivem Recht zeigt sich schon bei den materiellen Auslegungsregeln. Sie sollen verhindern, daß einer Erklärung die Wirksamkeit versagt werden muß, weil sie von den Beteiligten in verschiedener Bedeutung gemeint und verstanden war und keine dieser Bedeutungen sich zweifelsfrei als die mit Rücksicht auf den Empfängerhorizont maßgebende erweist.<sup>13</sup> Bereits in diesem Fall konstituiert also nicht mehr die privatautonome Setzung allein die Rechtsfolgen, sie wird vielmehr ergänzt durch objektives Recht,<sup>14</sup> mag auch das aufgrund der materiellen Auslegungsregel ermittelte Ergebnis Resultat der Willenserklärung sein.<sup>15</sup> Freilich sind diese Auslegungsregeln widerlegbar, indem Tatsachen nachgewiesen werden, die auf einen übereinstimmenden anderslautenden Willen der Parteien schließen lassen,<sup>16</sup> zudem ist Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB möglich, falls der Erklärende die Worte anders gemeint hat, als sie nach der Auslegungsregel zu verstehen sind.<sup>17</sup>

b) Ergänzungsfunktion haben auch die Normen des dispositiven Rechts, wenn und soweit die Parteien bewußt oder unbewußt eine Frage nicht geregelt haben.<sup>18</sup> Die Wirkung des dispositiven Rechts ist zwar davon abhängig, daß die Parteien überhaupt ein Rechtsgeschäft vorgenommen haben, dort keine anderweitige Abrede

<sup>11</sup> Vgl. z. B. *Larenz AT* § 2 II e (= S. 36 Fn. 1); § 22 I; *ders. Methodenlehre* S. 284; *ders. Auslegung* S. 108; *ders. Richtiges Recht* S. 60; *Reinach* S. 84.

<sup>12</sup> Dahinstehen kann hier, ob man – wie *Göldner* S. 23 ff. im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung vorschlägt – von einem neben der kodifizierten Regelung stehenden Prinzip auszugehen hat. Das mag im Verfassungsrecht angebracht sein, dient wohl auch dazu, die Problematik der Drittwirkung der Grundrechte auszuklammern. Bei „normalen“ Gesetzen erscheint das weniger überzeugend, vor allem wenn und soweit die Entscheidung des Gesetzgebers eine Auswahl aus mehreren zur Verfügung stehenden Prinzipien darstellt, die aber gerade wegen der Selektierung nicht in demselben Maße auf das Rechtsgeschäft einwirken sollen (vgl. *Larenz Methodenlehre* S. 462). Der Rückgriff auf Prinzipien erweist sich aber auch deswegen als unnötig, weil es auf der Ebene des Verhältnisses zwischen Gesetz und Rechtsgeschäft eine Drittwirkungsproblematik nicht gibt; das zwingende Recht gilt direkt.

<sup>13</sup> *Larenz AT* § 19 II e.

<sup>14</sup> Vgl. *Rosenberg* S. 105.

<sup>15</sup> *MünchKomm/Mayer-Maly* § 133, 56; *Larenz AT* § 19 II e; *Enneccerus/Nipperdey* § 49 II.

<sup>16</sup> RG BayZ 1922, 202; *Oertmann* S. 226; das ist freilich nur ein Argumentationsgesichtspunkt, keine Beweislastregel, vgl. auch unten § 13 III 3 c (3).

<sup>17</sup> Vgl. z. B. *Larenz AT* § 19 II e.

<sup>18</sup> BGHZ 40, 91, 103; BGH NJW 1975, 1116, 1117; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 157, 39; *Larenz AT* § 1 V; § 19 II e; *Flume* II § 16 4 a.



getroffen ist und eine solche auch nicht im Wege der ergänzenden Auslegung ermittelt werden kann.<sup>19</sup> Das dispositive Recht gilt jedoch im Gegensatz zu den materiellen Auslegungsregeln nicht kraft Parteiwillens, sondern unabhängig von ihm unmittelbar kraft Gesetzes.<sup>20</sup>

Das wäre nur dann anders, wenn man sich den Stimmen in der Literatur anschliesse, die als Erklärungsinhalt alle durch die Erklärung erzeugten Rechtsfolgen ansehen, also auch die in den dispositiven Normen geregelten Folgen als Bestandteil der Willenserklärung werten.<sup>21</sup> Diese Meinung gerät allerdings in Schwierigkeiten bei der Frage, warum Rechtsfolgen eintreten, obwohl der Erklärende an sie nicht gedacht, sie möglicherweise gar nicht gekannt hat. Dann ist es eine Fiktion zu behaupten, die konkrete Rechtsfolge gelte, weil die „Erklärung auf sie gelaute habe“. <sup>22</sup> Wenn sich beispielsweise der Verkäufer keine Gedanken über die Gefahrtragung gemacht hat, auch gar nicht wußte, daß er bei beiderseitig nicht zu vertretendem Untergang der Sache den Kaufpreisanspruch verliert,<sup>23</sup> so läßt sich nicht sagen, diese Rechtsfolge sei durch einen insofern auf finale Rechtsgestaltung gezielten Akt in Geltung gesetzt.<sup>24</sup> Dispositives Recht ist zudem nicht nur Ausdruck des vermuteten Parteiwillens, sondern verkörpert zumindest teilweise auch Gerechtigkeitsvorstellungen, wie sich z. B. aus § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG ablesen läßt.<sup>25</sup> Zu Recht hat sich daher die ganz überwiegende Meinung dieser Sicht des Erklärungsinhalts nicht angeschlossen.<sup>26</sup>

c) (1) Vorschriften des zwingenden Rechts haben schon ihrem Wortlaut nach auch die Funktion, die Willenserklärungen der Parteien zu ergänzen. Das ist ohne weiteres ersichtlich bei Normen, die an den Abschluß eines Vertrages nicht abdingbare

<sup>19</sup> Vgl. dazu vorläufig statt aller MünchKomm/Mayer-Maly § 157, 40; zur Abgrenzung s. genauer unten § 16 I 2.

<sup>20</sup> Grundlegend *Stammler* AcP 69, 21 ff., 25; *Larenz* AT § 1 V; § 19 II e; *Flume* II § 1 3 b; § 23 4 d; *Medicus* Rdn. 133; *Rosenberg* S. 296 mwN. in Fn. 6 zur älteren Literatur; *Sandrock* S. 37; *von Tuhr* Einl. VI = S. 26; insofern nicht ganz richtig *Palandt/Heinrichs* § 133, 5 e, der im Ergebnis keinen Unterschied zwischen Auslegungsregeln und dispositivem Recht sieht, ohne sich jedoch der im Text sogleich dargestellten Gegenmeinung anzuschließen. – Natürlich kann die aus dem Gesetz ohnehin resultierende Rechtsfolge auch individuell vereinbart werden und gilt dann deswegen.

<sup>21</sup> Vgl. z. B. *Titze* S. 451 ff.; *Danz* Jher Jb. 46, 443 f.; weitere Nachw. bei *Sandrock* S. 37 Fn. 74.

<sup>22</sup> So aber *Titze* S. 453 und *Danz* Jher Jb. 46, 443; dagegen *Mayer-Maly* AcP 170, 171.

<sup>23</sup> Beispiel nach *Titze* S. 446.

<sup>24</sup> So die Definition der Willenserklärung bei *Soergel/Hefermehl* vor § 116, 9; vgl. auch RGZ 89, 29, 33; 98, 136, 139; 134, 195, 197 f., das es ablehnt, alle Rechtsfolgen als Inhalt der Erklärung anzusehen. – Daß die Unterschiede zur ergänzenden Auslegung in dieser Hinsicht gering sein können, ist kein Gegenargument, sondern eine Bestätigung des Gedankens, daß Rechtsfolgen nicht nur eintreten, weil sie erklärt sind.

<sup>25</sup> Vgl. statt vieler *Staudinger/Schlosser* § 9, 23; *Löwe* § 9, 26, 28.

<sup>26</sup> Erörtert wird dieses Problem in der Regel bei der Frage, ob und inwieweit ein Rechtsirrtum zur Anfechtung berechtigt; vgl. *Titze* S. 453; gegen ihn z. B. *Staudinger/Dilcher* § 119, 34 ff. mwN.; einen Überblick über die Abweichungen im einzelnen gibt *Mayer-Maly* AcP 170, 168 ff.

Rechtsfolgen knüpfen. Die Regelungen sollen den Vertrag inhaltlich teilweise festlegen; meist geschieht dies, um eine Partei zu schützen.<sup>27</sup> Beispiele für solche *Inhaltsnormen* sind etwa das Kündigungsschutzrecht zugunsten des Mieters bei Wohnraum wie auch Vorschriften des Arbeitsrechts.

Daneben stehen Gesetze, die auf den ersten Blick lediglich Grenzen der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit festlegen. Die Privatautonomie wird in der Weise beschränkt, daß gewisse Gestaltungen verhindert werden. Man denke als Paradigma einer solchen *Schrankennorm* etwa an das Verbot, die Haftung des Schuldners für Vorsatz im voraus auszuschließen.<sup>28</sup>

Zwischen den beiden Arten von Regelungen besteht kein prinzipieller Unterschied. Denn ob eine Inhalts- oder eine Schrankennorm vorliegt, ist eine Frage der Formulierung, nicht jedoch des sachlichen Inhalts und der Rechtsfolge. Im angeführten Beispiel des § 276 Abs. 2 BGB könnte das Gesetz auch vorsehen, daß der Schuldner für Vorsatz hafte, ohne dies im voraus abdingen zu können. Es läge dann eine Inhaltsnorm vor, sachlich ergäbe sich daraus jedoch kein Unterschied zur geltenden Rechtslage. Die Möglichkeit einer Umformung scheidet nur aus, wenn keine Vertragsgestaltung denkbar ist, die der gesetzlichen Vorschrift Rechnung tragen kann. Dies ist der Fall, wenn das Geschäft als solches von der Rechtsordnung nicht anerkannt wird, die Norm also den Abschluß des Geschäftes gänzlich verhindern und nicht nur den Inhalt partiell festlegen will.

(2) Zwingendes Recht gilt wie dispositives Recht nicht deswegen, weil es zum Inhalt der Willenserklärungen der Parteien selbst gehört. In beiden Fällen beruht die Wirksamkeit direkt auf dem Gesetz. Freilich können die Parteien auf die Gestaltung des Rechtsgeschäfts und seiner Folgen Einfluß nehmen, indem sie sich auf die Abdingung des dispositiven Rechts verständigen. Dies setzt allerdings voraus, daß sich die Derogation aus der Erklärung, den Umständen oder den sonstigen zur Auslegung des Rechtsgeschäfts heranzuziehenden Faktoren ergibt.<sup>29</sup> Nichtdispositive Normen unterscheiden sich in dieser Beziehung vom Grundsatz her nicht. Der Wille zu ihrer Abdingung – unterstellt, sie wäre möglich – kann nur dann bejaht werden, wenn dies aus den gesamten Umständen hinreichend deutlich wird.

Es kommt hinzu, daß die beabsichtigte Außerkraftsetzung des zwingenden Rechts durch die Parteivereinbarung – anders als bei dispositiven Vorschriften – nicht wirksam ist. Allenfalls kann als Konsequenz der Abrede, die den Inhalt des gewollten Rechtsgeschäfts im Gegensatz zur zwingenden Norm festzulegen ver-

<sup>27</sup> Reinhard Festschrift für Schmidt-Rimpler S. 127 spricht davon, daß die hoheitliche Gestaltung das Ergebnis im Sinne eines gerechten Interessenausgleichs korrigiere.

<sup>28</sup> Die Einteilung stimmt nicht ganz überein mit der Differenzierung von *Sandrock* AcP 159, 486 in bestimmende Nichtigkeitsnormen und Substitutionsnormen. Denn im Gegensatz zu den Nichtigkeitsnormen, bei denen zur Schließung der durch die Nichtigkeit hervorgerufenen Lücke allgemeine Vorschriften eingreifen sollen, besteht zwischen Inhalts- und Schrankennormen grundsätzlich kein derartiger Unterschied. Allerdings ist bei Schrankennormen, bei denen sich keine hinreichende Vorregelung ergibt, auf das Durchschnittsmaß zu reduzieren, vgl. § 20 II 2 b.

<sup>29</sup> Rosenberg S. 297.

sucht, das Rechtsgeschäft insgesamt nichtig sein. Dann aber entsteht ein Widerspruch: Einmal intendiert die Willenserklärung, das Geschäft in Geltung zu setzen; dies legt den Inhalt des Geschäfts gleichzeitig auch partiell durch zwingendes Recht fest. Zum anderen existiert die das zwingende Recht abdingende Erklärung, die ihren Erfolg zwar nicht erreicht, aber das Geschäft als Ganzes hinfällig machen würde. Diese widersprüchliche Lage ähnelt der einer perplexen Willenserklärung. Perplexität setzt in aller Regel jedoch voraus, daß keine andere Auslegung möglich ist.<sup>30</sup> Genauso läßt sich die Ingeltungsetzung zweier einander widersprechender Rechtsfolgen aufgrund der (unwirksamen) Abdingung zwingenden Rechts lediglich bejahen, wenn die Erklärung nicht anders ausgelegt werden kann. Zu Recht gilt daher die von §§ 157, 2084 BGB gestützte materielle Auslegungsregel, daß die Parteien nichts Unredliches anstreben.<sup>31</sup>

Ein Beispiel möge das verdeutlichen. Hätte der Gesetzgeber das Bundesurlaubsgesetz als dispositives Recht ausgestaltet, so setzte dessen Abdingung in einem Arbeitsvertrag voraus, daß der entsprechende Wille der Parteien – eventuell aufgrund ergänzender Auslegung – festgestellt werden könnte. Durch die Normierung als (teilweise tarifdispositives, ansonsten aber) zwingendes Recht kann sich in der hier interessierenden Hinsicht nichts ändern. Es kommt hinzu, daß bei Berücksichtigung des abweichenden Willens allenfalls der gesamte Arbeitsvertrag nichtig wäre.<sup>32</sup> Selbst wenn man zunächst vom Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers vor einem Entzug seiner Rechte durch die Totalnichtigkeit absähe, könnte diese nur bejaht werden, wenn zumindest der entsprechende Wille der Parteien eindeutig feststünde, nicht aber, wenn dies nur eine von mehreren Auslegungsmöglichkeiten bedeutete.

Mit dieser Überlegung lassen sich auch die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem sogenannten Typenzwang des Gesellschaftsrechts lösen.<sup>33</sup> Erfüllen die vertraglichen Vereinbarungen die Voraussetzungen eines Gesellschaftstyps, so gelten die für diesen Typ gesetzlich vorgesehenen Rechtsfolgen. Das kann nur anders sein, wenn die Parteien diese (weiteren) Rechtsfolgen auch bei Kenntnis der dann eintretenden Totalnichtigkeit nicht wollten, ihre Erklärungen insoweit also in sich widersprüchlich sind.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> *Medicus* Rdn. 155; ähnlich *Flume* II § 23 4 d; vgl. auch BGHZ 20, 109, 110; MünchKomm/Mayer-Maly § 133, 45, die die Inhaltsermittlung durch Auslegung nur dann ablehnen, wenn wegen des absolut widerspruchsvollen und widersinnigen Inhalts der Vertrag unmöglich ist.

<sup>31</sup> *Palandt/Heinrichs* § 133, 5 e cc; MünchKomm/Mayer-Maly § 133, 57; *Lüderitz* S. 356; *Bydlinski* S. 108 f.; ähnlich *Larenz* I § 6 I (Parteiwille ist nicht der wider- oder außerrechtliche, sondern der nach rechtlichen Maßstäben ausgelegte, damit bis zu einem gewissen Grad objektivierte Wille); *Staudinger/Kaduk*<sup>11</sup> vor § 305, 5.

<sup>32</sup> Erachtete man nur die Abdingung des Anspruchs aus dem BUrlG als nichtig, so kommt man ohnedies zur Teilnichtigkeit und damit zum selben Ergebnis wie hier.

<sup>33</sup> Vgl. dazu MünchKomm/Ulmer § 705, 14 mwN.; Großkomm/Fischer § 105, 14; *H. P. Westermann* I 51; *Flume* I 1 § 13 III; *Wiesner* S. 98.

<sup>34</sup> Vgl. schon oben § 11 I 2 mit Fn. 19. Zu Recht weist MünchKomm/Ulmer § 705, 14 Fn. 24 darauf hin, daß die Befürworter einer Umdeutung in der Regel weder auf Voraussetzungen noch auf Grenzen des § 140 BGB eingehen.

(3) Freilich ist die soeben gefundene Regel keine Beweislastverteilung; es liegt vielmehr wie bei der verfassungskonformen Auslegung nur ein Argumentationstopos vor.<sup>35</sup> Was zur Ablehnung der „Vermutung der Verfassungsmäßigkeit“ gesagt wurde,<sup>36</sup> gilt grundsätzlich entsprechend bei der „Vermutung der Rechtmäßigkeit eines Rechtsgeschäfts“.

Die dort entwickelten Regeln können aber – wie gezeigt – nicht unbesehen übernommen werden. Bei der verfassungskonformen Auslegung führt beispielsweise die Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers bei mangelnder Vorregelungsintensität des Verfassungsrechts dazu, daß das Gesetz für nichtig zu erachten ist; die Vermeidung einer Lücke spielt nicht immer eine entscheidende Rolle. Das kann beim Rechtsgeschäft anders sein. Auch bei relativ unbestimmtem Maßstab des zwingenden Rechts – man denke an § 138 BGB – kann die Aufrechterhaltung des Geschäfts gefordert sein.

Insofern erfährt auch der Grundsatz, materielle Auslegungsregeln seien durch den Nachweis des entgegenstehenden Willens widerlegbar,<sup>37</sup> eine Modifizierung. Mag er richtig sein, weil und soweit er Fälle betrifft, in denen es um dispositive Normierungen geht, so kann er nicht gelten angesichts des Satzes, daß zwingendes Recht seine Durchsetzung impliziert. Somit bedeutet die Auslegungsregel, die Parteien hätten nichts Unredliches gewollt, nur einen Gesichtspunkt unter anderen. Daneben kann treten die Schutzbedürftigkeit eines Vertragspartners,<sup>38</sup> gegen die Aufrechterhaltung kann andererseits sprechen, wenn der gesetzeskonform interpretierte Inhalt für eine Partei unzumutbare Belastungen mit sich bringt.<sup>39,40</sup> Immer bleibt Voraussetzung,

<sup>35</sup> Vgl. auch *Tammelo* S. 95; *Steindorff* Festschrift für Larenz S. 228.

<sup>36</sup> Vgl. oben § 4 I.

<sup>37</sup> Z. B. RG BayZ 1922, 202; *Staudinger/Wufka* § 314, 2.

<sup>38</sup> Vgl. *Reinhard* Festschrift für Schmidt-Rimpler S. 127 f.; entgegen R. heißt das allerdings nicht, daß dieser Gesichtspunkt nur bei der Kontrolle eine Rolle spielt; er ist vielmehr bereits bei der Auslegung zu berücksichtigen.

<sup>39</sup> Vgl. für den Spezialfall des § 5 AGBG bereits *Löwe* § 5, 10 und oben § 6 I 4 a (2), c; ähnlich *Ulmer* Festschrift für Flume II S. 317 für die ergänzende Auslegung; nur vordergründig anders *Wiesner* S. 110. Ob man eine entsprechende Auslegung an der Unzumutbarkeit (so *Ulmer*) oder am entgegenstehenden hypothetischen Willen (so *Wiesner*) scheitern läßt, spielt vom Ergebnis wie von der Vorgehensweise her keine Rolle.

<sup>40</sup> Damit lassen sich auch die Konkurrenzprobleme zwischen Auslegung und Kontrolle im Bereich des AGBG methodisch lösen. Der Zweck des Gesetzes bzw. eines Institutes wie des Verfahrens nach §§ 13 ff. AGBG kann es erfordern, daß der Inhalt einer Klausel nicht anhand aller Auslegungsbefehle ermittelt wird, sondern beispielsweise nur darauf abgestellt wird, wie die fragliche Formulierung unter besonderer Beachtung ihres Wortlauts vom angesprochenen Kundenkreis verstanden werden durfte (vgl. z. B. BGH NJW 1980, 831, 832). Eine solche vom Zweck der §§ 13 ff. AGBG geforderte Beschränkung der Auslegungsmittel ist aber nur erklärlich, wenn man bei der Ermittlung des Inhalts auch die Funktion des zwingenden Rechts und des abstrakten Unterlassungsverfahrens mit einbezieht. Genau dieser Möglichkeit hat sich aber die h. M. durch das Dogma von der strikten Trennung zwischen Auslegung und Kontrolle selbst begeben. Das gilt erst recht, wenn man das Postulat der „gültigkeitsvermeidenden Auslegung“ vertritt und dies auch im Individualprozeß anwenden will (vgl. dazu oben § 6 I 4 b und § 13 Fn. 8).

daß überhaupt eine mit dem Gesetz übereinstimmende Deutungsmöglichkeit gefunden werden kann.

Ausgangspunkt ist damit zwar wie bei der verfassungskonformen Auslegung das hermeneutische Prinzip,<sup>41</sup> das aber aufgrund der Interessen der Beteiligten vielfach und teilweise anders als dort eingeschränkt wird. Auslegung ist also nicht nur Ermittlung des Gewollten, sondern ein Akt der Wertung, was sich auch aus der Notwendigkeit ergibt, Treu und Glauben bei der Interpretation der Willenserklärung zu berücksichtigen.<sup>42</sup>

#### IV. Bestätigung durch die Methoden der Auslegung

Der Grundsatz der gesetzeskonformen Auslegung läßt sich absichern, wenn man die einzelnen Methoden<sup>43</sup> der Auslegung des Rechtsgeschäfts näher ins Auge faßt. Die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung können insoweit zwar nicht unesehen übertragen werden, sie dienen jedoch als Ansatzpunkte.<sup>44,45</sup>

1. Zwar scheint die grammatische Auslegungsmethode eher eine Berücksichtigung des zwingenden Gesetzesrechts zu verbieten. Das gilt insbesondere, wenn man sich der Ansicht anschließt, bei eindeutigen Willenserklärungen komme eine Auslegung von vornherein nicht in Betracht.<sup>46</sup>

Entgegen dem ersten Anschein läßt sich daraus jedoch kein Argument gegen eine Auslegung unter Berücksichtigung des zwingenden Rechts gewinnen. Ohne Auslegung kann nämlich schon gar nicht festgestellt werden, ob der Wortlaut eindeutig ist,<sup>47</sup> ganz abgesehen davon, daß in aller Regel ohnehin sprachliche Mehrdeutigkeit vorliegt.<sup>48</sup> Zum anderen besteht geradezu ein Verbot einer undifferenzierten Buchstabeninterpretation.<sup>49</sup> Die Subsidiarität des Wortsinns<sup>50</sup> erfordert auch die Berück-

<sup>41</sup> Vgl. oben § 5 I.

<sup>42</sup> Das betonen *Henckel* AcP 159, 117; *Schmidt-Rimpler* Festschrift Nipperdey I S. 9; *Larenz* I § 6 I (vgl. dazu schon Fn. 31); *ders.* AT § 19 II = S. 306 mwN. in Fn. 2; zu der Rolle von Treu und Glauben bei der erläuternden Auslegung vgl. z. B. BAG NJW 1982, 1479.

<sup>43</sup> Diese sind allerdings nicht voneinander isoliert zu sehen, sondern greifen ineinander über; vgl. *Larenz* Methodenlehre S. 315; *F. Müller* S. 166.

<sup>44</sup> Vgl. *Staudinger/Coing* Einl. vor § 1, 137 ff.; *Staudinger/Dilcher* § 133/157, 25 ff.; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 133, 7; dagegen *Mangold* NJW 1962, 1599.

<sup>45</sup> Zur Vorgehensweise vgl. die Parallele bei *Göldner* S. 65 ff.

<sup>46</sup> RG JW 1919, 102, 103; RG DR 1922 Nr. 784; RG HRR 1928, 206; RGZ 158, 119, 124 (für öffentlichrechtliche Erklärungen); BGH LM Nr. 6 zu § 157 (C) BGB; (ähnlich) Nr. 7 zu § 2084 BGB; wohl auch *Soergel/Knopp* § 157, 115; *Mangold* NJW 1962, 1599; tendenziell auch *Dippel* AcP 177, 356 mwN.

<sup>47</sup> RGZ 163, 324, 328 f. (Wortsinn dient lediglich als Ausgangspunkt); ebenso BGH DB 1968, 172; BAG DB 1975, 1368; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 133, 46; *Lüderitz* S. 182.

<sup>48</sup> *Göldner* S. 65 Fn. 132; *Larenz* Methodenlehre S. 182, 332, 308 unter Hinweis darauf, daß bei der Gesetzesauslegung selbst Definitionen nicht für alle Fälle die Bedeutung eines Begriffs eindeutig festlegen; *Engisch* Anm. 74 a mwN.

<sup>49</sup> Vgl. § 133 BGB und dazu *Erman/Brox* 133, 30; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 133, 7; *RGRK/Krüger-Nieland*<sup>11</sup> § 133, 12; *Flume* II § 16 3 a.

<sup>50</sup> *Staudinger/Dilcher* § 133/157, 21, 23, der freilich aaO. 26 zwischen grammatikalischer Auslegung und Wortsinn differenziert, ohne den Unterschied klarzulegen; differenzierend

sichtigung anderer Momente. Zu ihnen gehören die übrigen Ziele der Parteien. In diesem Zusammenhang darf man annehmen, daß die Parteien zur Erreichung ihres wirtschaftlichen Zwecks eine wirksame Regelung treffen wollten, nicht dagegen etwas Verbotenes intendierten. Der reine Wortsinn wird so der rechtlichen Ordnungsbezogenheit der Willenserklärung untergeordnet.<sup>51</sup>

Unter diesem Aspekt ist es z. B. gerechtfertigt, zur Deutung des Begriffs „Eindringen in den Kundenkreis“ in einem Vertrag zwischen zwei Konkurrenten § 1 GWB heranzuziehen. Das vertragliche Verbot des „Eindringens“ umfaßt deshalb nur das aktive Veranlassen eines Kunden zum Wechsel des Vertragspartners, nicht jedoch die passive Entgegennahme von Bestellungen der Kunden des Kontrahenten; die letztgenannte Interpretation hätte gegen § 1 GWB verstoßen.<sup>52</sup>

2. Noch deutlicher ergibt sich die Legitimation einer Einbeziehung zwingenden Rechts in die Auslegung, wenn man den logisch-systematischen Zusammenhang betrachtet. Soll durch zwingende Normen ein gewisser Mindestinhalt des Vertrags gesichert werden, so ist bei der Interpretation vom systematischen Aspekt her das Wertgefüge der Rechtsordnung zu berücksichtigen.<sup>53</sup>

Deswegen kann auch die Ansicht *Flumes*, das Rechtsgeschäft stehe nicht unter dem Anspruch, in seinem Inhalt eine Verwirklichung des Rechtsgedankens zu sein, daher verbiete sich die Berücksichtigung des systematischen Arguments,<sup>54</sup> in dieser Apodiktik nicht überzeugen. Jedenfalls soweit zwingende Normen den Inhalt eines Rechtsgeschäfts festlegen, sollen sie einen gewissen Gerechtigkeitsgehalt verwirklichen. Der Vertrag mag des individuellen Vorteils wegen geschlossen werden,<sup>55</sup> der unabdingbare Anspruch auf einzelne Rechte – wie Urlaub und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht – ist Resultat der Einwirkung der objektiven Rechtsordnung auf dieses Geschäft. Es ist unter diesem methodischen Gesichtspunkt korrekt, wenn der BGH bei Auslegung einer Freizeichnungsklausel nicht beim Wortlaut stehengeblieben ist, sondern darüber hinaus auch berücksichtigt hat, daß die Klausel bei anderer Interpretation gegen höherrangiges Recht verstoßen würde.<sup>56</sup>

3. Die teleologische Interpretationsmethode orientiert sich am Zweck der rechtsgeschäftlichen Regelung.<sup>57</sup> In aller Regel verfolgen die Parteien mit dem Rechtsge-

*Soergel/Hefermehl* § 133, 24; *Lüderitz* S. 287ff.: Je eindeutiger der Wortsinn, desto weniger sind die anderen Auslegungsmethoden heranzuziehen. – Auch BGH NJW 1981, 1736, 1737 und 1982, 436, 437 betonen unter Hinweis auf BGH vom 2. 2. 1977 – IV ZR 167/75 –, daß der Richter der Erklärung durchaus auch eine Deutung geben dürfe, die vom Wortsinn abweiche.

<sup>51</sup> *Staudinger/Dilcher* § 133/157, 21.

<sup>52</sup> OLG Düsseldorf WuW 1974, 645, 647f.

<sup>53</sup> *MünchKomm/Mayer-Maly* § 133, 7; *Göldner* S. 66; *Engisch* S. 83 mit Fn. 82b; die beiden Letztgenannten zur verfassungskonformen Auslegung.

<sup>54</sup> *Flume* II § 16 3b, 4b; seinen Ausgangspunkt, die kraft der Privatautonomie eintretenden und die auf Gesetz basierenden Rechtsfolgen seien scharf zu trennen (§ 1 3c), bezweifelt *Larenz* I § 6 I.

<sup>55</sup> *Flume* II § 16 3b.

<sup>56</sup> Vgl. BGH WM 1976, 349, 350 und oben § 6 I 4b.

<sup>57</sup> *MünchKomm/Mayer-Maly* § 133, 7.

schäft ein bestimmtes wirtschaftliches Ziel,<sup>58</sup> ein Gesichtspunkt, der somit nicht nur bei § 140 BGB,<sup>59</sup> sondern auch bei der Auslegung eine Rolle spielt – will man überhaupt zwischen den beiden dogmatischen Ansätzen einen Unterschied machen.<sup>60</sup> Wenn aber die Rechtsordnung die Erreichung eines wirtschaftlichen Ziels nur innerhalb gewisser Grenzen bzw. mit gewissen Modifikationen erlaubt, so kann im Prinzip davon ausgegangen werden, daß die privatrechtlich handelnden Subjekte diese Modifikationen und Grenzen akzeptieren, falls sich keine anderslautenden Anhaltspunkte ergeben. Hat ein Arbeitsvertrag automatisch zur Folge, daß Urlaubsansprüche des Arbeitnehmers entstehen, so ist für den Regelfall nicht dem Arbeitgeber zu unterstellen, er hätte auf den Abschluß des Vertrages verzichtet, um den Urlaub nicht gewähren zu müssen. Auch wäre schwer verständlich, warum zur Auslegung eines Vertrages, dessen Vereinbarkeit mit § 1822 Nr. 5 BGB fraglich ist, zwar das hohe Alter eines Vertragsteils berücksichtigt werden könnte,<sup>61</sup> nicht aber die Intention der Parteien, ein wirksames Rechtsgeschäft zu vereinbaren.

4. Schwierigkeiten können sich allerdings bei Einbeziehung der historischen Auslegungsmethode ergeben. Diese richtet sich an den Absichten der Textautoren aus.<sup>62</sup> Schon deshalb ist die Meinung *Flumes* als zu eng abzulehnen, das historische Argument habe nur Bedeutung, wenn auf eine zwischen den Beteiligten bereits früher getroffene rechtsgeschäftliche Regelung Bezug genommen werde.<sup>63</sup> Vielmehr können aus Vorverhandlungen und den Umständen zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Gesichtspunkte zur Auslegung des Rechtsgeschäfts folgen.<sup>64</sup>

Ungleich problematischer ist die Frage, ob die historische Methode es verbietet, nach Abschluß des Rechtsgeschäfts eingetretene Entwicklungen – z. B. den Erlaß entgegenstehenden zwingenden Rechts – bei der Auslegung zu berücksichtigen. Der BGH erkennt der Willenserklärung mit dem Augenblick ihres Wirksamwerdens einen unveränderlichen Stellenwert zu.<sup>65</sup> Das hätte zur Folge, daß später erfolgte Änderungen des objektiven Rechts bei der Auslegung nicht mehr beachtet werden könnten.

Zu Recht ist aber darauf hingewiesen worden, daß dieser Ansicht jedenfalls bei Dauerschuldverhältnissen nicht gefolgt werden kann; auch die Rechtsprechung ermittelt bei der ergänzenden Auslegung, was die Parteien bestimmt hätten, wenn sie den späteren Ablauf der Dinge vorausgesehen hätten, stellt also später eintretende

<sup>58</sup> RG JW 1935, 419, 420; BGHZ 2, 379, 385; 20, 109, 110; 76, 16, 26; *Erman/Brox* § 133, 32; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 133, 7; *RGRK/Krüger-Nieland*<sup>11</sup> § 133, 12; *Soergel/Hefermehl* § 133, 23; *Staudinger/Dilcher* § 133/157, 28; *Wolf* in *Grundlagen* 2. Kap. § 3 II 1 a.

<sup>59</sup> Vgl. dazu oben § 11 III 1.

<sup>60</sup> Vgl. dazu unten § 15 I.

<sup>61</sup> Vgl. § 10 I 2 a mit Fn. 9.

<sup>62</sup> *MünchKomm/Mayer-Maly* § 133, 7.

<sup>63</sup> *Flume* II § 16 3 d.

<sup>64</sup> *RGRK/Krüger-Nieland*<sup>11</sup> § 133, 12; *Staudinger/Dilcher* § 133/157, 27; *Lehmann/Hübner* § 30 VI 4 a; *Enneccerus/Nipperdey* § 206 II.

<sup>65</sup> BGH LM Nr. 7 zu § 133 (B); 27 zu § 157 (D) BGB; *RGRK/Krüger-Nieland/Zöller* § 133, 22.

Modifikationen auch des objektiven Rechts in Rechnung.<sup>66</sup> Die Notwendigkeit, bei der Auslegung später in Kraft gesetztes zwingendes Recht zu berücksichtigen, ergibt sich gerade in diesen Fällen schon daraus, daß die Parteien die gesetzliche Vorschrift in aller Regel gar nicht (unwirksam, aber mit der Folge der Nichtigkeit des gesamten Geschäfts) abdingen wollten. So entspräche automatische Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages, dessen Regelung im Gegensatz zu einem später erlassenen Gesetz zur Regelung des Urlaubs – etwa zur gesetzlich festgelegten Erhöhung seiner Mindestdauer – steht, jedenfalls nicht immer den Interessen der Parteien; es kommt in diesem Beispiel hinzu, daß die Nichtigkeit auch dem Gesetzeszweck zuwiderliefe.

Aber auch bei anderen Rechtsgeschäften steht die historische Methode der Berücksichtigung künftiger Entwicklungen nicht notwendigerweise im Wege; dies gilt insbesondere, wenn das Rechtsgeschäft wegen einer Gesetzesänderung anders als nach der Rechtslage bei seinem Abschluß aufrechterhalten werden kann. Relevant ist dies vor allem dann, wenn die Fälligkeit der Leistungspflicht nicht mit dem Abschluß des Vertrags einhergeht, ebenso bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen. Gerade bei diesen erscheint eine Beschränkung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts als zu eng,<sup>67</sup> zumal es vom Zweck des Erbrechts her um die möglichst weitgehende Verwirklichung der Intentionen des Erblassers geht. Das gilt besonders, wenn der Erblasser die im Testament eingesetzte Geliebte vor seinem Tod heiratet.<sup>68</sup> Hinzu kommt, daß in der Rechtsprechung die Formel der Ermittlung des hypothetischen Willens bei der ergänzenden Auslegung<sup>69</sup> auch bei der Beurteilung des Schicksals eines zum Zeitpunkt seiner Errichtung sittenwidrigen Testaments verwendet wird.<sup>70</sup> Angesichts der Unmöglichkeit, zwischen erläutern-der und ergänzender Auslegung eine klare Differenzierung zu finden,<sup>71</sup> ist eine unterschiedliche Behandlung nicht angebracht.

Prinzipiell gilt auch für Verträge nichts anderes. Freilich kann hier nicht undifferenziert unterstellt werden, es entspreche dem Interesse und dem Willen der Vertragsparteien, unter allen Umständen am Vertrag festgehalten zu werden, auch wenn unklar sei, ob dem Vertrag im Fälligkeitszeitpunkt der Leistungen Verbotsnormen oder andere Vorschriften wie z. B. § 306 BGB entgegenstehen würden. Ergibt die

<sup>66</sup> Vgl. RGZ 164, 196, 202f.; BGHZ 12, 337, 343; 23, 282, 285; MünchKomm/Mayer-Maly § 133, 5; Flume II § 16 4d; vgl. auch Soergel/Knopp § 157, 120; Bender MDR 1959, 446 für die ähnliche Problematik bei der Auslegung von Generalklauseln.

<sup>67</sup> So aber die h. M.; vgl. z. B. BGHZ 7, 111, 114; 20, 71, 75; 72, 308, 314; BGH WM 1966, 585, 589; 1977, 399f.; DB 1973, 1739; NJW 1981, 1206, 1209; Soergel/Hefermehl § 138, 40; Staudinger/Dilcher § 138, 18; Erman/Westermann § 138, 19; a. A. OLG Hamm OLGZ 1979, 425, 427f.; MünchKomm/Mayer-Maly § 138, 111; ders. JZ 1981, 804f.; Larenz AT § 22 III c; Medicus Rdn 34; differenzierend zwischen Testament und sonstigen Rechtsgeschäften Jauernig § 138, 1c aa.

<sup>68</sup> Vgl. Flume II § 18 6 a. E.; Medicus Rdn. 34.

<sup>69</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 66.

<sup>70</sup> BGHZ 20, 71, 75: Zu berücksichtigen sind die Vorstellungen, die sich der Erblasser möglicherweise über die künftige Entwicklung mutmaßend gemacht hat.

<sup>71</sup> Vgl. dazu unten § 16 I 2.



Interpretation des Rechtsgeschäfts aber, daß dies dem Willen und dem Interesse gerecht wird, so ist eine Aufrechterhaltung durchaus angezeigt.<sup>72</sup> Zudem verbietet auch bei der Gesetzesauslegung das historische Argument nicht die Berücksichtigung später eingetretener Änderungen des übergeordneten Rechts.<sup>73</sup> Zwar wollen gesetzliche Bestimmungen schon von ihrer Zielsetzung her grundsätzlich künftige Sachverhalte regeln, während das bei Rechtsgeschäften nicht immer der Fall ist, sondern sich ein Großteil mit der sofortigen Abwicklung erledigt. Anders ist das aber bei Rechtsgeschäften, die sich auf künftige Sachverhalte erstrecken. Stellt man in Rechnung, daß die Parteien bei Dauerschuldverhältnissen oder in sonstigen Fällen, in denen Abschluß des Rechtsgeschäfts und Entstehung bzw. Fälligkeit des Anspruchs auseinanderfallen, Regelungen für die Zukunft treffen wollen, so kann für diesen Bereich nichts anderes als für Gesetze gelten, soweit es um die Berücksichtigung später erlassenen höherrangigen Rechts geht.

### V. Die Rolle der Privatautonomie

1. Kein Einwand läßt sich aus dem Grundsatz der Privatautonomie ableiten. Es bedeutet nämlich geradezu die Anerkennung der Rechtsetzungsmacht des einzelnen, wenn das Rechtsgeschäft nicht in Frage gestellt wird, weil von mehreren Interpretationsmöglichkeiten eine gegen das Gesetz verstößt, sondern wenn diejenige ausgewählt wird, bei der das Geschäft wirksam ist.<sup>74</sup> Wenn die Rechtsordnung zumindest prinzipiell davon ausgeht, daß die Parteien zur Regelung ihrer Beziehungen in der Lage sind, so ist das auch bei der Auslegung zu berücksichtigen. Insofern ist es jedenfalls nicht schon *im Ausgangspunkt* falsch anzunehmen, daß die Parteien nichts Unredliches gewollt haben.<sup>75</sup>

2. Umgekehrt ist die Privatautonomie nicht als absolute Größe aufzufassen; die Rechtsordnung kann in recht unterschiedlichem Grad an die Selbstbestimmung

<sup>72</sup> Vgl. dazu schon § 8 II 6 a. E.

<sup>73</sup> Verfassungskonforme Auslegung findet auch bei vorkonstitutionellem Recht statt; vgl. statt vieler *Bogs* S. 75 ff., 79 mwN. Zu den Unterschieden zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie bei der Wahl des relevanten Zeitpunkts, s. *Hassold ZZP* 94, 199, 201. Auch falls man jedoch jener anhängt, bestehen keine prinzipiellen Differenzen, da dann Rechtsfortbildung stattzufinden hat, die grundsätzlich nach denselben Prinzipien vorzunehmen ist wie die Auslegung, vgl. *Larenz Methodenlehre* S. 351 f. mwN. in Fn. 1.

<sup>74</sup> Vgl. *Schmidt-Rimpler AcP* 147, 161; *ders.* Festschrift für Nipperdey I S. 8 f., der darauf hinweist, daß das Gesetz nicht die Vertragsfigur betonen könnte, wenn diese nicht – innerhalb gewisser Grenzen – zu rechtlich richtigen Ergebnissen führen würde; vgl. auch *Larenz* I § 6 I.

<sup>75</sup> *Lüderitz* S. 356 f. Das in diesem Zusammenhang meist gebrauchte Schlagwort spricht im Anschluß an *Schmidt-Rimpler AcP* 147, 149 ff.; Festschrift für Nipperdey I S. 5 ff. von der Richtigkeitsgewähr des Vertrages; vgl. z. B. *Henckel AcP* 159, 113 ff., bzw. von der Richtigkeitschance, vgl. z. B. *Wolf* in *Grundlagen* 1. Kap. § 3 III 2; 2. Kap. § 6 III 2; ähnlich *Raiser* 100 Jahre Deutscher Juristentag I S. 118 f.; s. aber auch schon *von Hippel* S. 76 ff.; *E. Kaufmann* S. 214. Auch *Flume* II § 1 6 a müßte insoweit die Richtigkeitschance des Vertrages akzeptieren, da es hier um die Frage geht, ob und inwieweit eine privatautonome Gestaltung möglich ist oder nicht. Zudem ist zu bedenken, daß die Privatautonomie als Mittel zur Ordnung menschlichen Zusammenlebens nur anerkannt werden kann, weil und soweit durch den Vertragsme-

anknüpfen.<sup>76</sup> Übernimmt zwingendes Recht die Funktion, einen gerechten Interessenausgleich herbeizuführen,<sup>77</sup> weil und soweit dieser durch die privatautonome Regelung nicht oder nicht hinreichend gewährleistet ist, so findet das seine Entsprechung darin, daß der rechtsgeschäftliche Inhalt nicht nur anhand der Willenserklärung, sondern auch anhand des nicht dispositiven Rechts zu ermitteln ist. Dies gilt um so mehr, als unabhängig von der Frage der Wirkung des zwingenden Rechts der Vertrag nicht durch die Willenserklärungen in seinem Inhalt vollständig antizipiert ist,<sup>78</sup> vielmehr sein eigenes Gewicht entfaltet.<sup>79</sup> Insoweit liegt nicht autonome, sondern heteronome Bindung vor; bei der Auslegung wird das als von den Parteien „mitgewollt“<sup>80</sup> – wenn auch nicht unbedingt miterklärt – angesehen, was von ihnen folgerichtigerweise mitgewollt werden müßte. In dieser Hinsicht wird der Vertragsschließende vom Gesetz an seinen Willen gebunden.<sup>81</sup> Dem entspricht, daß jeder Akt der Auslegung die Fortbildung der zu interpretierenden Norm bzw. Willenserklärung bedeutet.<sup>82</sup> Schon aus diesem Grund verbietet es sich, Einwirkungen des zwingenden Rechts auf die Auslegung als unbedingten Widerspruch zur Privatautonomie anzusehen.<sup>83,84</sup>

---

chanismus wenigstens grundsätzlich Richtigkeitsgedanken und Wertungsprinzipien verwirklicht werden können (vgl. *Brox* JZ 1966, 762, *Wolf* S. 70). – Die Aufstellung exogener wie immanenter Schranken der Vertragsfreiheit (vgl. *MünchKomm/Kramer* vor § 145, 6 mwN.) setzt implizit voraus, daß das Rechtsgeschäft in den Gesamtzusammenhang einer sozial verstandenen Marktwirtschaft eingebunden werden kann.

<sup>76</sup> *Bydlinski* S. 123.

<sup>77</sup> *Reinhard* Festschrift für Schmidt-Rimpler S. 127; *Radbruch* S. 243; ähnlich *Wolf* S. 36; a. A. *Schmidt-Rimpler* Festschrift für Nipperdey I S. 7 f., der dem zwingenden Recht nur die Funktion zuordnet, einen mit ihm kollidierenden Vertrag abzulehnen.

<sup>78</sup> So aber *Lüderitz* S. 399.

<sup>79</sup> *Larenz* AT § 29 I = S. 497 Fn. 2; *Radbruch* S. 241; vgl. auch *Wolf* S. 36.

<sup>80</sup> „Mitgewollt“ ist hier nicht im Sinne des „natürlichen Willens“ – dessen Abweichung von der Erklärung beispielsweise die Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB eröffnen würde – zu verstehen. Es geht vielmehr um die Legitimation der (heteronomen) Bindung aufgrund privatautonomer Regelung. „Mitgewollt“ in diesem Sinne sind auch die Folgerungen des geäußerten Willens, also z. B. das aufgrund der Willenserklärung eingreifende dispositive und zwingende Recht, sowie der im Wege der ergänzenden Auslegung ermittelte Vertragsinhalt (vgl. hierzu genauer *Radbruch* S. 241 f.).

<sup>81</sup> *Radbruch* S. 241 f.; vgl. auch *Henckel* AcP 159, 114.

<sup>82</sup> *Larenz* Methodenlehre S. 351.

<sup>83</sup> Das gilt selbst dann, wenn man den Grund der vertraglichen Bindung entgegen einer Vielzahl von Autoren (vgl. z. B. *Radbruch* S. 241 f.; *Wolf* S. 25 mwN.) nicht als Folge der gesetzlichen Anordnung sieht, sondern den Grund im Versprechensakt selbst erblickt, vgl. die Nachw. in Fn. 11. Denn auch dann besteht die Bindung nur im Rahmen der Rechtsordnung und wegen der Anerkennung durch sie (*Larenz* AT § 2 IIe; *ders.* Auslegung S. 108).

<sup>84</sup> Auch verfassungsrechtlich ist die inhaltliche Begrenzung der Vertragsfreiheit nicht zu beanstanden; vgl. BVerfGE 8, 274, 329; BVerfG NJW 1980, 2124 (Dreierausschuß).

*§ 14 Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot  
bzw. die guten Sitten*

*I. Wortlaut als Grenze bei der Ermittlung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts?*

Es liegt nahe, die gefundene Lösung auch auf die Fallgruppen zu übertragen, in denen eine Auslegung im engeren Sinn wegen des Wortlauts der Willenserklärung ausscheidet.<sup>1</sup> Freilich bedarf dies insbesondere deswegen näherer Begründung, weil die h. M. zwischen Auslegung und Überprüfung des Auslegungsergebnisses streng unterscheidet, wenn dies auch nicht zu überzeugen vermag.<sup>2</sup>

1. Daß der Wortlaut auch methodisch gesehen bei der Ermittlung des Regelungsgehalts eines Rechtsgeschäfts nicht die Grenze ist, zeigt sich am Institut der *falsa demonstratio*<sup>3</sup>. Auch ohne Niederschlag im Wortlaut kann somit z. B. der Wille der Parteien berücksichtigt werden, eine wirksame Regelung zu treffen.<sup>4</sup> Wenn der BGH den Grundsatz der *falsa demonstratio* bei bewußter Falschbeurkundung nunmehr ablehnt,<sup>5</sup> so ist dies nicht als generelle Verwerfung des Instituts anzusehen. Denn das Gericht betont, daß in dem entschiedenen Fall gerade eine bewußte Abweichung vorgelegen habe, weswegen die Zwecke des Formerfordernisses hätten umgangen werden können, deutet aber an, daß andere Kriterien anzuwenden seien, wenn die Falschbeurkundung unbewußt erfolgt sei.<sup>6</sup> Insbesondere läßt sich aber aus der Beachtung der Formzwecke kein Gegenargument bei nicht formbedürftigen Geschäften gewinnen.

Der abweichenden Ansicht, die die Regel der *falsa demonstratio* generell verwirft, kann nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, daß sie bei nicht formbedürftigen Geschäften unmittelbar durch Anwendung der Wertung der §§ 116 ff. BGB – wonach der Empfänger der Willenserklärung in den Fällen der *falsa demonstratio* kein

---

<sup>1</sup> Mit der herkömmlichen Unterscheidung wird hier der Wortsinn als Grenze der Auslegung (nicht der Sinnermittlung) gesehen, vgl. dazu für Gesetze *Larenz Methodenlehre* S. 309 f. mwN. in Fn. 49; etwas anders wird bei Rechtsgeschäften argumentiert, der Streit dreht sich hier um die Berechtigung der „Andeutungstheorie“, vgl. statt vieler *MünchKomm/Mayer-Maly* § 133, 53 mwN.

<sup>2</sup> Vgl. oben § 13 II. Dort ging es um die Frage, ob die strikte Trennung Auslegung – Kontrolle möglich ist; hier wird untersucht, ob die zur Auslegung gefundenen Prinzipien auch auf die Frage der (Teil-)Nichtigkeit übertragen werden können.

<sup>3</sup> Vgl. RGZ 99, 147, 148; BGHZ 20, 109, 110; 71, 75, 77 f.; BGH NJW 1974, 942, 943; 1977, 294; WM 1972, 1422, 1424; LM Nr. 2 zu § 157 (Gf) BGB; *Jauernig* § 133, 3b aa; *Palandt/Heinrichs* § 155, 2; *Soergel/Lange/Hefermehl* § 155, 12 mwN.; *Soergel/Knopp* § 157, 9 mwN.; *Staudinger/Dilcher* § 133/157, 20; *Larenz AT* § 19 II; *Flume II* § 16 2a; kritisch, aber im Endeffekt zustimmend, *MünchKomm/Mayer-Maly* § 133, 15; a. A. *Wieling AcP* 172, 297 ff.; ders. *Jura* 1979, 524 ff.

<sup>4</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 1974, 942, 943 und dazu oben § 6 I 3 a.

<sup>5</sup> BGHZ 74, 116, 120 f.; zustimmend *Palandt/Heinrichs* § 313, 8 e.

<sup>6</sup> BGHZ 74, 116, 120 f.; BGH NJW 1982, 31 läßt in solchen Fällen die Heilung nicht beurkundeter Abreden nach § 313 Satz 2 BGB zu.

Vertrauen auf den objektiven Erklärungswert hat – zum selben Ergebnis kommt,<sup>7</sup> basiert die Kritik auf dem Ausgangspunkt, daß die Willenserklärung grundsätzlich nur so gelte, wie sie subjektiv gemeint sei.<sup>8</sup> Ob diese Ansicht überhaupt mit der Konzeption des Gesetzes vereinbar ist, kann dahinstehen.<sup>9</sup> Kommt es nämlich nur auf den Willen, nicht auf den objektiven Erklärungswert an, so kann der Wortlaut erst recht nicht die Grenze der Auslegung bilden. Wenig überzeugend ist es im übrigen vom Standpunkt der Gegenmeinung aus auch, bei formbedürftigen Geschäften den nicht geäußerten Willen gar nicht zu berücksichtigen.<sup>10</sup> Vor allem muß man dann auf die Andeutungstheorie zurückgreifen,<sup>11</sup> was wegen deren Schwächen kaum zu sinnvollen Ergebnissen führt. Denn einmal gewinnen Zufälligkeiten bei der Formulierung großes Gewicht, zum anderen bevorzugt diese These ohne hinreichenden Grund den Wortlaut einer Erklärung vor den sonstigen Umständen.<sup>12</sup> Beachtet man demgegenüber auch die wirtschaftlichen Ziele der Parteien, so kann der Wortlaut durchaus zurücktreten. Da die Parteien gewöhnlich eine wirksame Regelung treffen wollen, ist es unter diesem Aspekt korrekt, wenn der BGH auch ohne Anhaltspunkt im Wortlaut eine Globalzession so auslegt, daß sie nicht mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt kollidiert.<sup>13</sup>

2. Auch bei der Gesetzesauslegung ist anerkannt, daß die Ermittlung des Regelungsinhalts nicht an der Grenze des Wortlauts Halt machen muß oder auch nur darf.<sup>14</sup> Mag sich aus Praktikabilitätsgründen auch anbieten, für die Definition des Terminus „Auslegung“ den Wortlaut als Grenze anzusehen, so ändert das nichts

<sup>7</sup> Wieling Jura 1979, 526.

<sup>8</sup> Wieling AcP 172, 302 und öfter.

<sup>9</sup> Sie hat z. B. zur Folge, daß anfechtbare Geschäfte ungültig sind (Wieling AcP 172, 302), sich der Irrende auf die Ungültigkeit aber berufen muß (aaO. S. 303), und daß somit die Anfechtung nicht als Gestaltungsrecht angesehen werden könnte, vielmehr die Nichtanfechtung als Verwirkung aufzufassen wäre.

<sup>10</sup> Wieling AcP 172, 308 ff.; ders. Jura 1979, 527 ff.

<sup>11</sup> Wieling AcP 172, 314; ders. Jura 1979, 529 ff.

<sup>12</sup> Vgl. statt vieler MünchKomm/Mayer-Maly § 133, 53 mwN.; Brox Erbrecht Rdn. 201. – Daher erscheinen auch BGH NJW 1981, 1736, 1737 und 1981, 1737, 1738, die wegen des Formzwangs den Grundsatz der falsa demonstratio ablehnen, als zu starr. Das gilt jedenfalls bei unbewußter Falschbezeichnung, ist aber auch bei bewußter fraglich. So wäre das Schulbeispiel des Vermächtnisses der Bibliothek (= des Weinkellers) hinfällig. Zudem ist im ersten Fall die Mutter gesetzliche Erbin 2. Ordnung, wenn sie auch wegen § 1930 BGB ausgeschlossen war; man hätte daher durchaus eine „Andeutung“ bejahen können. Schon das zeigt, daß auch und gerade die Andeutungstheorie nicht sonderlich geeignet ist, Streitigkeiten hinten zu halten (so aber BGH NJW 1981, 1736, 1737).

<sup>13</sup> Vgl. Fn. 4, eine andere Beurteilung kann sich aber aus dem Erfordernis der hinreichend klaren Vorregelung, insbesondere bei der Verwendung von AGB, ergeben, vgl. dazu § 20 II 2 a.

<sup>14</sup> Larenz Methodenlehre S. 350 ff. mwN.; ders. NJW 1963, 739; Göldner S. 212 ff.; Esser S. 255; Bender MDR 1959, 445 mit Fn. 11; Engisch S. 146 (die beiden Letztgenannten für die Abgrenzung Auslegung und Analogie); a. A. F. Müller S. 153 ff.: Der Wortlaut ist nur dann nicht Grenze der Sinnfindung, wenn der Text nachweislich fehlerhaft oder mißverständlich ist; generell ablehnend Pestalozza NJW 1981, 2087.

darán, daß im Rahmen der Rechtsfortbildung grundsätzlich dieselben Prinzipien Anwendung finden wie bei der Auslegung; die Unterscheidung hat somit lediglich graduellen Charakter.<sup>15</sup> Daraus folgt, daß bei der Ermittlung des Inhalts von Rechtsgeschäften auch jenseits der Grenze des Wortlauts die im vorigen Paragraphen entwickelten Regeln jedenfalls vom Grundsatz her Anwendung finden können.<sup>15a</sup>

## II. Die Konzeption des Gesetzes

Hat schon die Darstellung oben<sup>16</sup> gezeigt, daß jedenfalls in der Praxis § 139 BGB die Frage der Teil- oder Totalnichtigkeit keineswegs erschöpfend beantworten kann, so läßt sich auch nachweisen, daß dies Folge der Konzeption des Gesetzes ist. Zu fragen ist zunächst, ob bereits ein Verstoß gegen das Verbotsgesetz bzw. § 138 BGB Totalnichtigkeit nach sich zieht; erst wenn und soweit aus einer solchen Kollision (vorerst) Teilnichtigkeit resultiert, ist das Schicksal des Restes anhand von § 139 BGB (und der in diesem Rahmen relevanten Gesichtspunkte) zu klären.

1. Ein partieller Verstoß eines Rechtsgeschäfts gegen *zwingendes Recht* hat als solcher nur Teilnichtigkeit zur Folge. Anderenfalls wäre die Regelung des § 139 BGB nicht verständlich, der gerade fordert, nur ein Teil eines Rechtsgeschäfts dürfe nichtig sein. Wäre aufgrund des Gesetzesverstoßes in jedem Fall das ganze Geschäft ohnedies hinfällig, so erwiese sich § 139 BGB als sinnlos; es ist unstrittig, daß die Norm in einem solchen Fall nicht anwendbar ist.<sup>17</sup>

Dagegen einzuwenden, § 134 BGB stelle eine Vermutung der Nichtigkeit auf,<sup>18</sup> überzeugt nicht. Bei Rechtsfragen gibt es keine widerlegbaren Vermutungen.<sup>19</sup> Aus der Normierung des § 134 BGB ist allenfalls abzuleiten, daß bei Fehlen sonstiger Gesichtspunkte Nichtigkeit eintritt<sup>20</sup> (und das Geschäft nicht ungeachtet des Verstoßes zur Gänze wirksam ist). Dieser Überlegung kommt aber für die Frage, ob „im Zweifel“ *Gesamtnichtigkeit* eintritt, kein Gewicht zu, da sich das Schicksal des Gesamtvertrages nach § 139 BGB und den in diesem Zusammenhang relevanten Kriterien bestimmt.

Man könnte zwar versuchen, die Regelung des § 139 BGB auf die Fälle zu beschränken, in denen ein Teil eines zusammengesetzten Rechtsgeschäfts gesetzwidrig ist; dann wäre die soeben angestellte Überlegung bei Nichtigkeit einer Klausel nicht

<sup>15</sup> Larenz Methodenlehre S. 351 f.; Göldner S. 216 ff.; auch Steindorff Festschrift für Larenz S. 228 weist darauf hin, daß es sich bei den Auslegungsregeln – wie der Berücksichtigung des Wortlauts – lediglich um Argumentationsweisen handelt; Tammelo S. 95 ff.

<sup>15a</sup> Vgl. auch die parallele Argumentation mit Auslegung und Analogie bei BGH NJW 1982, 1868.

<sup>16</sup> Vgl. § 10 I.

<sup>17</sup> Vgl. statt aller MünchKomm/Mayer-Maly § 139, 17; Soergel/Hefermehl § 139, 1.

<sup>18</sup> R. Kramer S. 43 ff., 113 ff.; Zimmermann S. 113 Fn. 53; a. A. Jauernig § 134, 1; Palandt/Heinrichs § 134, 2a; Soergel/Hefermehl § 134, 1; Staudinger/Dilcher § 134, 3; Larenz AT § 22 II; Flume II § 17 I; wohl auch MünchKomm/Mayer-Maly § 134, 101.

<sup>19</sup> Vgl. oben § 4 I.

<sup>20</sup> Vgl. Larenz AT § 22 II; a. A. Flume II § 17 I.

zwingend. Aber selbst bei dieser Eingrenzung folgt aus der Konzeption der Schutzgesetze – man denke an § 276 Abs. 2 BGB –, daß nur die mit dem Gesetz kollidierenden Bestandteile des Vertrages nichtig sind. Prinzipiell gilt dies auch, wenn die Klausel nur teilweise gegen vorrangiges Recht verstößt; gerade der Gedanke der Strafsanktion ist nur verständlich, wenn (zunächst) nur Teilnichtigkeit eintritt.

Nicht anders ist bei quantitativer Teilnichtigkeit zu entscheiden. Eine Aufspaltung ist auch bei übermäßigen Verpflichtungen durchaus möglich;<sup>21</sup> fraglich ist lediglich, ob die Aufrechterhaltung mit reduziertem Vertragsinhalt unter Berücksichtigung des § 139 BGB und sonstiger Gesichtspunkte angeht. Daß grundsätzlich auch in der Rechtsprechung die Teilbarkeit – damit die Möglichkeit der Teilnichtigkeit – eines Vertrages bei partiellem Verstoß einer Hauptpflicht gegen ein Gesetz anerkannt ist, wird schon deutlich anhand der Judikatur zu den Höchstpreisvorschriften und zu § 1822 Nr. 5 BGB.<sup>22</sup> Zudem gibt weder der Wortlaut noch das Telos des § 134 BGB ein Argument dafür her, daß ein zeitlich verkürzter<sup>23</sup> oder in seiner Gegenleistung herabgesetzter Vertrag nicht Teil des ursprünglichen Rechtsgeschäfts sein könnte. In aller Regel beeinflussen nämlich auch Nebenabreden die Äquivalenz eines Vertrages, ohne daß daraus grundsätzliche Bedenken gegen die Teilbarkeit resultieren. Eine exakte Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenabreden ist in vielen Fällen zudem gar nicht möglich.<sup>24</sup> Schließlich geht es auch und gerade bei übermäßig belastenden Hauptpflichten darum, daß der Übervorteilte nicht durch die Totalnichtigkeit seine vertraglichen Rechte verliert.

Folgt also nach der Konzeption des Gesetzes aus einem Verstoß gegen höherrangiges Recht nicht notwendig Totalnichtigkeit, so bedeutet es eine davon zu trennen- und logisch nachrangige Frage, ob aufgrund von § 139 BGB bzw. unter Berücksichtigung sonstiger Sachgesichtspunkte Totalnichtigkeit eintritt oder ob es bei Teilnichtigkeit verbleibt.<sup>25</sup>

<sup>21</sup> *Pierer von Esch* S. 61; vgl. auch die Motive (bei *Mugdan* I S. 468), die von einer Ausnahme der Nichtigkeit sprechen, wenn das Verbot nur einen Teil betreffe – wie das bei Verstößen gegen das Wuchergesetz vom 24. 5. 1880 (= § 302a a. F. StGB) der Fall sei (s. dazu sogleich unter 2a). A. A. aber z. B. *Larenz* AT § 23 IIb.

<sup>22</sup> Vgl. oben §§ 8 II 3c; 10 I 1b.

<sup>23</sup> Vgl. auch *Pierer von Esch* S. 61;

<sup>24</sup> Vgl. z. B. die Problematik der *Sittenwidrigkeit* eines Darlehens aufgrund einer Vielzahl übermäßig belastender Nebenabreden und dazu oben § 9 III 1a, sowie der Sittenwidrigkeit eines Testaments und dazu oben § 9 II 4 mit Fn. 40. Zu partiell *gesetzeswidrigen* Verträgen ist in dieser Hinsicht kein Unterschied.

<sup>25</sup> Der Standort vieler Autoren ist insoweit nicht ganz eindeutig; sehr oft wird die Frage, wieweit (schon) aufgrund der Kollision mit dem Gesetz die Nichtigkeit reicht, bei § 139 BGB angesiedelt, ohne daß deutlich wird, daß dies die Frage betrifft, ob aufgrund des hypothetischen Parteiwillens und sonstiger Gesichtspunkte Totalnichtigkeit als Folge der Teilnichtigkeit eintritt; vgl. z. B. *Staudinger/Dilcher* § 139, 7; *Larenz* AT § 23 II b; wie hier dagegen (wohl) *Soergel/Hefermehl* § 139, 1; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 134, 105 ff.; § 138, 131 ff.; § 139, 17; *Flume* II § 32 2c; *Wolf* in *Grundlagen* 2. Kap. § 12 V; *ders.* S. 285; *Pierer von Esch* S. 53 ff.; *Naendrup* S. 41; *Sack* RdA 1975, 178; wohl auch *Lehmann/Hübner* § 27 II 1d = S. 171; *E. Wolf* § 10 B I b 1; BGH LM Nr. 8 zu § 134 BGB.

2. a) Stellt man die soeben dargelegten Gesichtspunkte in Rechnung, so vermag es nicht zu überzeugen, bei einem partiellen Verstoß eines Rechtsgeschäfts gegen § 138 BGB stets und ohne die Prüfung weiterer Gesichtspunkte Totalnichtigkeit zu postulieren. Daß dieser Grundsatz in der Praxis nicht durchgehalten wird, ja sich gar nicht durchhalten läßt, wurde schon gezeigt.<sup>26</sup> Auch der Hinweis, insbesondere § 138 Abs. 2 BGB schließe die Möglichkeit einer Aufrechterhaltung aus,<sup>27</sup> ist kaum aussagekräftig. Schon das Wortlautargument selbst entpuppt sich als wenig überzeugend. Zwar ordnet § 138 Abs. 2 BGB an, daß das wucherische Rechtsgeschäft nichtig sei. Die gleiche Formulierung findet sich aber auch in Höchstpreisvorschriften,<sup>28</sup> ohne daß sich bei diesen Totalnichtigkeit als einzig notwendige oder gar sinnvolle Sanktion nachweisen ließe.<sup>29</sup> Umgekehrt enthalten bereits die Motive des BGB einen Hinweis darauf, daß das Vorliegen von Wucher nicht unbedingt Totalnichtigkeit des Rechtsgeschäfts bedeutet. Treffe nämlich ein gesetzliches Verbot nur den einen Teil, so sei der Regel nach der Vertrag als solcher nicht ungültig. Beispiel für ein solch einseitiges gesetzliches Verbot sei § 302 a. F. StGB.<sup>30</sup> Die Norm ist für den Zinswucher inhaltsgleich mit § 138 Abs. 2 a. F. BGB, sieht man von der Strafdrohung ab.<sup>31</sup> Der Ansatz des Gesetzgebers wäre von vornherein in sich unschlüssig, wenn zwingend Totalnichtigkeit aus § 138 Abs. 2 BGB folgte. Soll nämlich seine Absicht nicht leerlaufen, daß ein Verstoß gegen § 302 a. F. StGB das Geschäft nicht zur Gänze nichtig macht, so impliziert dies, daß die Sanktionsfolge eines Verstoßes gegen § 138 Abs. 2 BGB an die Verletzung des § 302 a. F. StGB anzugleichen ist. Vermag auch die in den Motiven gezogene Differenzierung nach dem Adressatenkreis des Verbotes für die Frage der Teil- oder Totalnichtigkeit nicht zu überzeugen,<sup>32</sup> so zeigt sie doch, daß der bloße Wortlaut schon die gesetzgeberische Intention nicht hinreichend deutlich wiedergibt. Auch die systematische Stellung stützt dieses Ergebnis. § 139 BGB gilt nicht nur für Fälle (teilweise) gesetzeswidriger Rechtsgeschäfte, die Norm bezieht sich ihrer Einordnung im BGB nach auch auf die Fälle der Sittenwidrigkeit. Schließlich zeigt gerade die Rechtsprechung zum Mietwucher, daß sich ein effektiver Schutz des Bewucherten wie bei einem Verstoß gegen § 134 BGB nur durch quantitative Teilnichtigkeit erzielen läßt.<sup>33</sup> So ergibt bereits die Auslegung des § 138 Abs. 2 BGB anhand der traditionellen Kriterien, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten wie eine Verletzung sonstigen höherrangigen Rechts (zunächst) nur zur Teilnichtigkeit führt.

<sup>26</sup> Vgl. z. B. § 9 II.

<sup>27</sup> Vgl. oben § 9 II und insbesondere BGHZ 44, 158, 162; 68, 204, 207; BGH LM Nr. 14 zu § 139 BGB; *Palandt/Heinrichs* § 138, 4b.

<sup>28</sup> Vgl. z. B. § 2 der VO über die Preisüberwachung und die Rechtsfolgen von Preisverstößen im Grundstücksverkehr vom 7. 7. 1942 (RGBl I S. 451) und dazu BGHZ 11, 90, 93 mwN.

<sup>29</sup> Vgl. oben § 8 II 3 c.

<sup>30</sup> Motive bei *Mugdan* I S. 468, wo in der Fußnote ausdrücklich das Gesetz, betreffend den Wucher vom 24. 5. 1880 (RGBl S. 109) – § 302 a. F. StGB – genannt wird; vgl. schon Fn. 21.

<sup>31</sup> § 302 a. F. StGB betraf nur den Zinswucher, während § 138 Abs. 2 a. F. und n. F. BGB jedes wucherische Geschäft verhindern will.

<sup>32</sup> Vgl. oben § 8 II 4.

<sup>33</sup> Vgl. oben § 9 III 2.

b) Zwischen § 134 BGB und § 138 BGB besteht auch kein struktureller Unterschied mit der Konsequenz, daß es dem Richter verwehrt wäre, die Grenze des (eben noch) Sittenwidrigen festzulegen.<sup>34</sup> Zwar ist die Feststellung der Sittenwidrigkeit gerade in Grenzfällen in gewisser Weise arbiträr. Da es aber zu den Aufgaben des Richters gehört, jede denkbare Vertragsgestaltung auf ihre Übereinstimmung mit § 138 BGB zu überprüfen, widerspricht die Festlegung der Grenze nicht prinzipiell der richterlichen Tätigkeit – wenn sich auch aufgrund anderer Überlegungen eine Reduktion auf das eben noch Angemessene verbietet.<sup>35</sup>

c) Es bleibt das Argument, die in § 134 Halbsatz 2 BGB vorgesehene Ausnahme fehle bei § 138 BGB; deswegen trete bei Verstoß gegen die guten Sitten zwingend Totalnichtigkeit ein.<sup>36</sup> Auch diese Überlegung kann aus mehreren Gründen die h. M. nicht hinreichend stützen.

(1) Ausgangspunkt für den Gegenschuß ist die Prämisse, § 134 Halbsatz 2 BGB enthalte eine Regelung der Teilnichtigkeit.<sup>37</sup> Der Wortlaut ist nicht eindeutig, der Halbsatz 2 kann sich auch und nur auf das Problem beziehen, ob trotz Verstoßes gegen ein Gesetz das Rechtsgeschäft – als Ganzes – wirksam ist.<sup>38</sup> Schon der Ausgangspunkt ist also nicht zwingend.

(2) In einer Reihe von Fällen wurden in der historischen Entwicklung Rechtsgeschäfte zunächst anhand von § 138 BGB kontrolliert, bevor sich der Gesetzgeber zu einer Kodifizierung des Spezialgebiets entschloß. Bekanntestes Beispiel ist das AGBG. Wäre die These vom Unterschied zwischen § 134 BGB und § 138 BGB richtig, so hätte das zur Folge, daß nunmehr eventuell Teilnichtigkeit möglich wäre, während vorher nur Totalnichtigkeit eintreten konnte.<sup>39</sup> Eine solche Differenzie-

<sup>34</sup> So aber z. B. *Zimmermann* S. 44 Fn. 72 mwN.

<sup>35</sup> Vgl. *Spiro* ZBJV 88, 465 Fn. 1. – Die Überlegung besagt also nur, daß eine solche Feststellung nicht unmöglich ist und daher nicht ihrerwegen auf eine gegenüber § 134 BGB abgesetzte Behandlung eines Verstoßes gegen § 138 BGB geschlossen werden kann. Vgl. § 20 I 2b, III 2b zu den Voraussetzungen, unter denen der Richter bei einem Verstoß gegen § 138 BGB den Vertrag aufrechterhalten kann.

<sup>36</sup> Vgl. oben § 9 II mit Fn. 11 und § 9 III 2b mit Fn. 109.

<sup>37</sup> So neben den soeben Fn. 36 Zitierten auch *Sack* RdA 1975, 177, der aber diesen Gedanken auf § 138 BGB übertragen und damit das Ergebnis der Teilnichtigkeit auch konstruktiv rechtfertigen will.

<sup>38</sup> *Jauernig* § 134, 1; *Palandt/Heinrichs* § 134, 2a; *Brox* AT Rdn. 276 ff.; *E. Wolf* § 10 C II d; *Sandrock* AcP 159, 514; *Zimmermann* S. 113 f.; *Käßer* S. 61 f.; dagegen halten § 134 Halbsatz 2 BGB auch als geeigneten Ansatzpunkt für die Frage der Teilnichtigkeit *Soergel/Hefermehl* § 134, 25; *Lange/Köhler* § 53 III; wohl auch BGH LM Nr. 8 zu § 134 BGB; unklar *Larenz* AT § 22 II, der einerseits Halbsatz 2 nur für die Frage relevant hält, ob eine Ordnungsvorschrift vorliegt, andererseits in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung zu den Höchstpreisvorschriften zustimmend referiert; ähnlich *Flume* II § 17 4. Vgl. auch die Motive (bei *Mugdan* I S. 468), näher Fn. 21. – Die hier angestellten Überlegungen heißen nicht, daß der Schutzzweck der Norm nicht einer der wichtigsten Gesichtspunkte ist. Es geht hier nur darum, daß aus § 134 Halbsatz 2 BGB nicht der Gegenschuß bei § 138 BGB gezogen werden kann.

<sup>39</sup> *Sandrock* AcP 159, 522 – Soweit §§ 9 ff. AGBG reichen, ist § 138 BGB unabwendbar, vgl. z. B. *Jauernig* § 138, 1 d; *Palandt/Heinrichs* § 138, 1 f. ee; *Staudinger/Dilcher* § 138, 10.



rung erschiene allerdings kaum einsichtig.<sup>40</sup> Das wird vollends deutlich, wenn wie in § 302a StGB der Wuchertatbestand neben § 138 Abs. 2 BGB als Verbotsgesetz formuliert wird. Die zusätzliche Strafbarkeit des Wuchers hätte zur Folge, daß das Geschäft jedenfalls nicht von vornherein totalnichtig wäre.

(3) Eine Gleichbehandlung der beiden Normen hat auch den Vorteil, daß keine Probleme hinsichtlich der eng mit der soeben erörterten Frage zusammenhängenden „Subsidiarität“ des § 138 BGB gegenüber § 134 BGB auftreten. Geht § 134 BGB vor,<sup>41</sup> so könnte es bei der Teilnichtigkeit verbleiben, anders wäre bei paralleler Anwendbarkeit der beiden Normen<sup>42</sup> zu entscheiden. Es bedürfte zur Rechtfertigung unterschiedlicher Rechtsfolgen einer eingehenderen Begründung als des bloßen Hinweises auf den Vorrang des § 134 BGB bzw. seine Idealkonkurrenz mit § 138 BGB.

(4) Letztlich entscheidend ist allerdings auch in diesem Zusammenhang wiederum die Überlegung, daß sich Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit der sittenwidrig übervorteilten Partei nicht von der Situation abheben, die aus einem partiellen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz resultiert; die unterlegene Partei ist hier vielmehr in gesteigertem Maße zu schützen. Es wäre daher kaum verständlich, warum ein Verstoß gegen die AZO durch den Arbeitsvertrag zur Teilnichtigkeit des Vertrages führen sollte, umgekehrt aber sonstige sittenwidrige Überbeanspruchung des Arbeitnehmers Totalnichtigkeit des Vertrages nach sich zöge.

### III. Die Funktion des § 139 BGB

Ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz oder § 138 BGB führt somit nicht von selbst zur Totalnichtigkeit des Geschäfts. Das Schicksal des Restes klärt § 139 BGB jedoch nur scheinbar lückenlos.

1. Der Norm kommt ein weit geringerer Stellenwert zu, als es ihr Wortlaut auf den ersten Blick nahelegt.<sup>43</sup> Nicht zu überzeugen vermag es insbesondere, § 139 BGB als Auslegungsregel zu klassifizieren und daher aus der Vorschrift zu entnehmen, daß regelmäßige Totalnichtigkeit die Folge des partiellen Verstoßes gegen vor-

<sup>40</sup> Ein Unterschied in der Rechtsfolge kann sich allerdings wegen der verschieden intensiven Vorregelung ergeben, vgl. unten § 20 II 2a.

<sup>41</sup> Weimar DB 1963, 439; Hoppmann BtGrBWR 1965, 153; Glaser ZMR 1966, 98; Schmidt-Futterer JR 1972, 136; von Olshausen ZHR 146, 290; wohl auch MünchKomm/Mayer-Maly § 134, 4, der allerdings § 138 BGB wieder eingreifen läßt, wenn § 134 BGB nicht zur Nichtigkeit führt; unklar bleibt, ob das auch gilt, wenn die Anwendung des § 134 BGB nur Teilnichtigkeit impliziert.

<sup>42</sup> Dafür Palandt/Heinrichs § 138, 4b; Staudinger/Dilcher § 138, 106. Vgl. auch § 6 Fn. 45 zu der parallelen Argumentation des BGH mit § 134 BGB und § 138 BGB bei der Frage der Konkurrenz der Vorauszession an mehrere Kreditgeber.

<sup>43</sup> MünchKomm/Mayer-Maly § 139, 1 und Pawlowski S. 207 ff. weisen zu Recht darauf hin, daß jedenfalls eine Abkehr vom empirisch-psychologischen Willen stattgefunden hat, insofern auch eine Korrektur der Norm; auch Larenz AT § 23 II d, ders. Methodenlehre S. 381 und Seiler Festschrift für Kaser S. 147 sprechen von einer teleologischen Reduktion des § 139 BGB, die zu einer Vertragskorrektur führe.

rangiges Recht sein soll.<sup>44</sup> Das damit begründen zu wollen, daß § 139 BGB eine entsprechende Vermutung aufstelle, geht schon deshalb fehl, weil es widerlegbare Rechtsvermutungen nicht gibt; das wurde schon bei der Analyse der verfassungskonformen Auslegung gezeigt.<sup>45</sup> Es ließe sich also allenfalls ein bestimmter realer Wille vermuten, den die an der Teilnichtigkeit interessierte Partei anhand anderslautender Tatsachen zu widerlegen hätte.<sup>46</sup> Das würde einen Rückfall in die heute wohl überholte Ansicht bedeuten, es käme nur auf den realen Willen an.<sup>47</sup> Eine solche rein subjektive Sicht läßt sich zwar nicht mit dem Einwand entkräften, damit verschwämmen die Unterschiede zur Auslegung, § 139 BGB würde überflüssig.<sup>48</sup> Denn umgekehrt sind im Rahmen der Auslegung – wie gezeigt – auch und gerade objektive Kriterien zu berücksichtigen,<sup>49</sup> so daß der Unterschied ohnehin verschwindet. Die alleinige Argumentation mit dem realen Willen läßt aber außer acht, daß er in einer Reihe von Fällen unbeachtlich ist – man denke an den Schutzzweck des Gesetzes.<sup>50</sup>

2. Die Mißachtung des realen Parteiwillens scheint allerdings der Konzeption des § 139 BGB zu widersprechen. Geschichtlich erweist sich diese Norm als Reaktion auf die gemeinrechtliche Regel „*utile per inutile non vitiatur*“.<sup>51</sup> Die Gesamtnichtigkeit sollte der Privatautonomie Rechnung tragen; diese war im gemeinen Recht nur unzulänglich berücksichtigt worden.<sup>52</sup> Ob und inwieweit das eine legislative Fehlentscheidung war,<sup>53</sup> mag hier dahinstehen. Jedenfalls zeigen die oben dargestellten Fallgruppen,<sup>54</sup> daß man auch *de lege lata* schon aus logisch-systematischen Gründen ohne eine Berücksichtigung weiterer Momente nicht auskommen kann.<sup>55</sup> Die Funktion des realen Parteiwillens reduziert sich daher darauf, daß er neben anderen Kriterien zu beachten ist. Auch ein Prinzip der Restgültigkeit würde nicht der Privatautonomie widersprechen; das zeigt schon die von § 139 BGB abweichende Regelung in anderen Ländern.<sup>56</sup> Zudem beinhaltet Privatautonomie auch heterono-

<sup>44</sup> So aber *Erman/Brox* § 139, 1.

<sup>45</sup> Vgl. oben § 4 I.

<sup>46</sup> So wohl *Erman/Westermann*<sup>6</sup> § 139, 10; anders jetzt wohl *Erman/Brox* § 139, 10.

<sup>47</sup> So noch RGZ 99, 52, 55; 148, 236, 242 ff.; *Lehmann/Hübner* § 27 II 1 d = S. 171; bei *Enneccerus/Nipperdey* § 202 IV 2 zeigt sich bereits der Einschlag objektiver Momente.

<sup>48</sup> So aber *Soergel/Hefermehl* § 139, 3.

<sup>49</sup> Vgl. oben § 13 III 2, insb. c.

<sup>50</sup> Vgl. oben § 10 III 3.

<sup>51</sup> *Seiler* Festschrift für Kaser S. 145; *Mayer-Maly* Gedächtnisschrift für Gschnitzer S. 281; so auch schon *André* Festgabe für Enneccerus S. 12 ff.

<sup>52</sup> Vgl. *Seiler* Festschrift für Kaser S. 146; *Mayer-Maly* Gedächtnisschrift für Gschnitzer S. 276; *Pawlowski* S. 209 Fn. 45; ähnlich *Pierer von Esch* S. 68, der zwar den Unterschied zum gemeinen Recht schildert, aber meint, es habe sich die Rechtslage nicht einschneidend geändert, dagegen *Mayer-Maly* aaO. S. 281 Fn. 42.

<sup>53</sup> So *Mayer-Maly* Gedächtnisschrift für Gschnitzer S. 283.

<sup>54</sup> Vgl. die Darstellung oben § 10 I, aber auch schon § 9 II, III, IV.

<sup>55</sup> Vgl. auch Nachw. in Fn. 43.

<sup>56</sup> *Mayer-Maly* Gedächtnisschrift für Gschnitzer S. 283.

me Bindung.<sup>57</sup> Es entspricht dieser Aussage, wenn formuliert wird, § 139 BGB verbinde in einer für das BGB bezeichnenden Weise die Rücksicht auf die Privatautonomie – nämlich auf die Wertungsgrundlagen, von denen die Parteien tatsächlich ausgegangen seien – mit einer ergänzenden objektiven Wertung.<sup>58</sup>

Methodisch gesehen liegt hier eine sogenannte Kollisionslücke vor.<sup>59</sup> Einmal ordnet nämlich § 139 BGB seinem Wortlaut nach an, ausschließlich den Parteiwillen zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite ergibt sich bereits aus dem BGB – etwa aus § 276 Abs. 2 –, daß auch andere Momente in Rechnung gestellt werden müssen, soll die gesetzgeberische Entscheidung nicht leerlaufen. Insofern handelt es sich um eine anfängliche Lücke, die jedoch durch die verstärkte Kodifizierung zwingenden Rechts an Relevanz gewonnen hat. Die Ausfüllung der Lücke ist durch die Kollision als solche nicht vorgezeichnet, insbesondere liegt kein Fall „notwendiger Analogie“ vor.<sup>60</sup> Jedenfalls kann man aber in solchen Fällen ohne nähere Begründung nicht nur auf den Parteiwillen zurückgreifen, wie § 139 BGB das vorsieht.

3. Es ist daher konsequent, daß die überwiegende Ansicht zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens, der eben auch andere Gesichtspunkte miteinbezieht, eine Wertung vornimmt.<sup>61</sup> Das heißt umgekehrt, daß die in § 139 BGB niedergelegte Regelung, es sei der Parteiwille zu berücksichtigen, wiederum nur ein Argumentationsgesichtspunkt im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ist. Des weiteren können eine Rolle spielen das Interesse der Parteien, einen wirtschaftlichen Erfolg zumindest partiell zu erreichen,<sup>62</sup> der Schutzzweck der Norm,<sup>63</sup> die Zumutbarkeit einer teilweisen Aufrechterhaltung<sup>64</sup> und dgl.

Liegen aber lediglich Sachgesichtspunkte vor, deren konkrete Abwägung das Ergebnis bestimmt, so kann es entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht<sup>65</sup> nicht zu einem „non liquet“ kommen. Ein solches hat nur Platz auf der Ermittlung von

<sup>57</sup> Vgl. oben § 13 V 2.

<sup>58</sup> Larenz AT § 23 II c = S. 424 Fn. 4.

<sup>59</sup> Larenz Methodenlehre S. 381, der aber nur die Lösung (teleologische Reduktion) beschreibt; zu der Feststellung von Kollisionslücken vgl. Canaris Lücken S. 65 ff. mwN. in Fn. 28; Engisch S. 159.

<sup>60</sup> Vgl. Canaris Lücken S. 144 ff., 146; vgl. auch dens. S. 152, wo betont wird, daß die Einheit von Lückenfeststellung und -ausfüllung bei der teleologischen Reduktion nicht denknotwendig ist.

<sup>61</sup> Vgl. die Nachw. oben § 10 III 1 mit Fn. 38 und insbesondere Flume II § 32 5; Larenz AT § 23 II c; s. auch den Topoikatalog bei Pierer von Esch S. 74 ff. und Sandroock AcP 159, 491 ff.

<sup>62</sup> Vgl. § 10 Fn. 41.

<sup>63</sup> Vgl. § 9 II, III, IV. Wenn die h. M. hier allgemein von der Unanwendbarkeit des § 139 BGB spricht (vgl. statt vieler BAG NJW 1982, 461, 462; Palandt/Heinrichs § 139, 6b; Soergel/Hefermehl § 139, 48 ff.; Larenz AT § 23 II d), so ist das im Ergebnis zwar richtig, verdunkelt aber, daß dies das Resultat einer Abwägung ist, bei der der Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm in aller Regel überwiegt; vgl. auch unten § 18 II 2a, aber auch § 18 II 5.

<sup>64</sup> Pawlowski S. 210; vgl. auch Seiler Festschrift für Kaser S. 147, der das Problem der Teilunwirksamkeit mit den allgemeinen Auslegungsprinzipien lösen will.

<sup>65</sup> Flume II § 32 5; ähnlich auch Seiler Festschrift für Kaser S. 146, wenig später spricht er freilich davon, daß angesichts des immer ermittelbaren hypothetischen Parteiwillens die Vermutung überflüssig werde (aaO. S. 147).

Tatsachen,<sup>66</sup> nicht jedoch bei der Rechtsfindung. Richtig ist die Aussage nur insoweit, als bei Nichterkennbarkeit anderer Interessen sich aus den typisierten Parteiinteressen die Totalnichtigkeit folgern läßt, also die Verteilung der Argumentationslast beschrieben wird.

4. Damit scheint ein Unterschied zwischen Auslegung und (Teil-)Nichtigerklärung unvermeidbar zu sein. Ist bei der Auslegung das Geschäft im Zweifel als wirksam anzusehen,<sup>67</sup> so resultiert bei der Kontrolle aus der Wertung des § 139 BGB regelmäßig Totalnichtigkeit. Die Diskrepanz ist jedoch nur vordergründig. § 139 BGB zieht vorwiegend die Folgerung aus der Verschiebung der Äquivalenz aufgrund der Teilnichtigerklärung.<sup>68</sup> Typischerweise steht das Interesse an der Wahrung der Äquivalenz bei den Parteien im Vordergrund. Indiz dafür ist § 2085 BGB, der konsequenterweise die möglichst weitgehende Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung anordnet, da diese nicht im Synallagma steht; das ist folgerichtig anders, wenn eine Gegenleistung vereinbart wurde, woraus sich § 2298 Abs. 1 BGB erklärt.<sup>69</sup> Das Äquivalenzinteresse kann zwar auch bei der Auslegung tangiert werden. Das trifft allerdings die Parteien deshalb weniger hart, weil in der Regel die Belastung bereits durch den Wortlaut ersichtlich und daher im Normalfall durch den Parteiwillen gedeckt ist.<sup>70</sup> In Ausnahmesituationen kann sich aus dem Kriterium der Zumutbarkeit das Gegenteil ergeben.<sup>71</sup> Die verschiedene Gewichtung ist also kein Systembruch, sondern resultiert aus der abgestuften Berücksichtigung des Äquivalenzinteresses.

## § 15 Die Umdeutung

### I. Die Konzeption des Gesetzes

Auch und gerade bei der Konversion wird deutlich, daß der Wortlaut nicht die Grenze der Ermittlung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts ist. Das zeigt sich wiederum am Institut der falsa demonstratio. Bei diesem wie bei § 140 BGB geht es nämlich um die Verwirklichung der wirtschaftlichen Ziele der Parteien, die unabhängig vom konkreten Wortlaut der Erklärungen realisiert werden sollen. Den rechtsgeschäftlich Handelnden wird dabei in aller Regel gleichgültig sein, ob sie den

<sup>66</sup> Vgl. oben § 4 I mit Fn. 18.

<sup>67</sup> Vgl. oben § 13 III 2 c.

<sup>68</sup> Vgl. *Sandrock AcP* 159, 489 f. und auch schon oben § 10 III 2.

<sup>69</sup> Auch § 2084 BGB gilt nur eingeschränkt, wenn die letztwillige Verfügung mit einer Gegenleistung verknüpft ist; vgl. statt aller *Palandt/Keidel* § 2084, 6 mwN.

<sup>70</sup> Der Wortlaut spielt also sehr wohl eine Rolle; zwar ist er nicht die Grenze bei der Ermittlung des Vertragsinhalts, es kann aber umgekehrt davon ausgegangen werden, daß mangels anderer Anhaltspunkte eine vom Wortlaut gedeckte Auslegung der von den Parteien vorausgesetzten Äquivalenz entspricht; vgl. dazu auch unten § 19 II 2 c.

<sup>71</sup> Vgl. unten § 18 II 5.

Erfolg gerade auf dem (rechtlichen) Weg erreichen, den der Wortlaut der Erklärungen nahelegt; entscheidend ist für sie die Erzielung des intendierten Erfolgs.<sup>1</sup>

Zwischen der Auslegung und § 140 kann zudem entgegen der h. M.<sup>2</sup> kein Unterschied festgestellt werden.<sup>3</sup> Das folgt schon aus den Kriterien, die bei beiden Methoden zugrunde gelegt werden und die sich inhaltlich entsprechen.<sup>4</sup> So lassen sich alle Ergebnisse, die die Rechtsprechung mittels § 140 BGB erzielt, als Ergebnis einer Auslegung begreifen.<sup>5</sup> Folgt man diesem Ansatz, so widersprechen sich von vornherein die Resultate von Auslegung und Umdeutung nicht. § 140 BGB kann insoweit geradezu als gesetzliche Statuierung des Prinzips der gesetzeskonformen Auslegung aufgefaßt werden.

So wird auch § 2084 BGB zum Teil als Fall der Umdeutung verstanden, ohne daß sich dabei ein Unterschied zu der Ansicht feststellen ließe, die diese Norm als Auslegungsregel interpretiert.<sup>6</sup> Freilich wird eingewandt, § 140 BGB sowie § 2084 BGB – bzw. ihr Rechtsgedanke – betreffen Fälle, in denen sich teilweise sittenwidrige Intentionen aus dem Motivbündel nicht absondern ließen, der Erblasser aber bei Kenntnis der Sittenwidrigkeit die letztwillige Verfügung aus anderen, achtenswerten Motiven aufrechterhalten hätte; es gehe insofern also nur um einen unrealen Tatbestand, woraus sich ein Unterschied zur Auslegung ergebe.<sup>7</sup> Dem ist nicht zu folgen. Die Ersetzung des Motivs benutzt § 138 BGB als Sanktion gegen „sittenwidrige Gesinnung“ und nicht zur Verhinderung eines sittenwidrigen Erfolgs.<sup>8</sup> Prüft man statt dessen, ob und inwieweit die Zurücksetzung näher Angehöriger anhand der Umstände mit § 138 BGB vereinbar ist, so läßt sich die etwa notwendige und mögliche Reduzierung mittels Auslegung ermitteln. Es ist dann nur zu untersuchen, in welchem Umfang die letztwillige Verfügung aufrechterhalten werden kann und wie sie zu qualifizieren ist. Selbst wenn man dem nicht folgt,<sup>9</sup> bestehen keine durchgreifenden Bedenken, das „Eventualmotiv“ oder das „hypothetische“ Motiv im

---

<sup>1</sup> Die Übertragung eines Nießbrauchs beinhaltet in der Regel den Willen der Parteien, dem „Nießbrauchsgläubiger“ insbesondere die Nutzungen der Sache zu überlassen. Die nach § 1059 Satz 2 BGB zulässige Überlassung des Nießbrauchs zur Ausübung kann anhand dieses Willens nicht nur durch Umdeutung, sondern auch durch Auslegung ermittelt werden.

<sup>2</sup> Vgl. oben § 11 I vor 1 mit Fn. 1.

<sup>3</sup> So auch *Krampe* S. 142ff., insbes. 280ff., 285; *Staudinger/Coing*<sup>11</sup> § 140, 3; differenzierend *Bürck SchlHA* 1973, 38ff.; *ders.* JuS 1971, 572ff.

<sup>4</sup> Vgl. oben § 11 I 1 mit Fn. 9.

<sup>5</sup> Vgl. die umfangreichen Untersuchungen bei *Krampe* S. 142ff.

<sup>6</sup> Vgl. oben § 6 I 1 mit Fn. 9–12.

<sup>7</sup> *Thielmann* S. 187; a. A. *Krampe* S. 170ff. *Thielmann* wendet § 140 BGB bzw. § 2084 BGB nur insoweit *direkt* an, als es um die Frage der Ersetzung des Willens geht, während er bei Auswechslung des Motivs den *Rechtsgedanken* der §§ 140, 2085 BGB zu Hilfe nimmt. Diese Unterscheidung spielt hier keine Rolle; im folgenden wird die direkte und analoge Heranziehung der genannten Normen in gleicher Weise untersucht.

<sup>8</sup> Dagegen z. B. *Flume* II § 18 4 und 6 a. E.: Nicht das Motiv ist entscheidend, sondern daß durch das unsittliche Motiv das Rechtsgeschäft als Regelung zu einem sittenwidrigen wird.

<sup>9</sup> So die h. M. im Erbrecht; vgl. z. B. *Lange/Kuchinke* § 34 IV 2, 3 a; *Bartholomeyczik/Schlüter* § 23 I 2 c, f; *von Lübtow* I § 8 A II 3; *Brox* Rdn. 258; *Harder* § 6 V 1 g.

Wege der Auslegung zu ermitteln. Bei jenem ist das ohnehin unproblematisch, weil der Erblasser ein ehrenwertes Motiv hatte, jedenfalls für den Fall der Sittenwidrigkeit seines primären Motivs; beide Beweggründe existieren dann nebeneinander. Aber auch der Berücksichtigung des „irrealen“ Motivs stehen keine Hindernisse entgegen. Hat der Erblasser eine Verfügung getroffen, so hat er damit seinen Willen kundgetan; diesem kann durch die wohlwollende Auslegung Rechnung getragen werden, indem man das achtenswerte, wenn auch nicht geäußerte oder nicht einmal vorhandene Motiv in Rechnung stellt.<sup>10</sup> Im Ergebnis ist nämlich auch nach der Gegenmeinung dieser Wille das entscheidende Argument; dient er doch als Legitimation, irrealer (sittenkonformer) Motive zu berücksichtigen.<sup>11</sup> Auf keinen Fall aber könnte allein die dogmatische Einordnung über die Aufrechterhaltung oder Verwerfung des Testaments befinden.

## II. Die Gleichwertigkeit von § 139 und § 140 BGB

1. Selbst wenn man an der Trennung zwischen Auslegung und Umdeutung festhält, ändert das nichts daran, daß bei der Umdeutung dieselben Wertungen vorgenommen werden wie bei der Auslegung und Teilnichtigkeit. Denn auch für die h. M. hat es wegen der Regelung des § 140 BGB nicht bei der Nichtigkeit zu verbleiben; trotz des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot ist dem Rechtsgeschäft möglichst zur Wirksamkeit zu verhelfen.

Die Ermittlung des für die Aufrechterhaltung relevanten hypothetischen Parteiwillens orientiert sich an genau denselben Kriterien, die bei § 139 BGB relevant sind.<sup>12</sup> Wiederum kommt es auf den Schutzzweck der Norm an, ist die Zumutbarkeit und dgl. zu berücksichtigen. Freilich heißt das auch, daß – wie gezeigt – ein „non liquet“<sup>13</sup> bei der Ermittlung der Rechtsfolge nicht eintreten kann.

2. Entgegen der h. A. läßt sich ein nach § 138 BGB sittenwidriges Rechtsgeschäft dem Grundsatz nach umdeuten. Erwies sich bei der Frage der Teilnichtigkeit gemäß § 139 BGB eine Unterscheidung zwischen § 134 BGB und § 138 BGB als nicht zutreffend,<sup>14</sup> so kann auch bei der Umdeutung nicht anhand der beiden Normen differenziert werden. Auch hier vermag es keine Rolle zu spielen, ob der Gesetzgeber ein Verbot ausdrücklich als solches statuiert hat, wenn das Geschäft ohnedies gegen die guten Sitten verstößt. Das Ergebnis wird durch den Schutzzweck der

<sup>10</sup> So im Ergebnis auch *Krampe* S. 171 f., dessen Einwand, es gebe keine irrealen Motive, weil sie immer feststellbar sein müßten und damit real wären, wenig überzeugend ist. Es läßt sich zumindest vorstellen, daß der Erblasser das Motiv nicht hatte, es aber hätte haben können, wenn er die Anstößigkeit seines Motivs gekannt hätte.

<sup>11</sup> Dies spricht *Thielmann* S. 186 ff. zwar nicht aus, nur aus der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Intentionen kann jedoch die Umdeutung begründet werden; vgl. oben § 11 mit Fn. 22.

<sup>12</sup> Vgl. oben § 11 III, insbes. Fn. 43, vgl. auch *Sandrock* S. 112 f.

<sup>13</sup> So aber *Flume* II § 32 9 c a. E.; *Thielmann* S. 190 f.; dagegen schon für das gleich gelagerte Problem bei § 139 BGB oben § 14 III 3.

<sup>14</sup> Vgl. oben § 14 II 2.

Norm bestätigt. Es entspricht dieser Intention des Gesetzes, einen wegen seiner Unkündbarkeit sittenwidrigen Arbeitsvertrag nach § 140 BGB mit gesetzlicher Kündigungsfrist aufrechtzuerhalten.<sup>15</sup>

3. Grundsätzlich gibt es nämlich zwischen Umdeutung und Teilnichtigkeit keinen Unterschied. Daß sich die Ergebnisse entsprechen, wurde schon gezeigt.<sup>16</sup> Insbesondere setzt die Umdeutung nicht voraus, daß das „andere“ Geschäft einem anderen Typus zuzuordnen ist.<sup>17</sup> Von den Tatbestandsvoraussetzungen her muß das neue Geschäft in dem nichtigen enthalten sein. So ist allgemein anerkannt, das andere Geschäft dürfe nicht über das umgedeutete hinausgehen,<sup>18</sup> insbesondere dürften keine nicht vorhandenen Tatbestandsmerkmale fingiert werden.<sup>19</sup> Aus diesen Voraussetzungen aber folgt, daß das „andere“ Geschäft ein von den Tatbestandsvoraussetzungen des nichtigen Geschäfts gedecktes Rechtsgeschäft sein muß; lediglich die Rechtsfolgen können wegen des Verstoßes gegen eine höherrangige Norm nicht in dem intendierten Umfang eintreten. Die Unterscheidung zwischen quantitativer (§ 139 BGB) und qualitativer (§ 140 BGB) Teilnichtigkeit<sup>20</sup> enthält so in plakativer Weise den richtigen Ansatz; in beiden Fällen geht es um die Frage, ob und in welchem Umfang eine Aufrechterhaltung des Geschäfts möglich ist; entscheidend sind dabei dieselben Kriterien.<sup>21</sup>

4. Daran ändert wiederum nichts der scheinbare Unterschied, daß § 139 BGB ein Argument für die Totalnichtigkeit enthält, während § 140 BGB die Aufrechterhaltung favorisiert.<sup>22</sup> Denn wie bereits gezeigt, basiert die Bevorzugung der Totalnichtigkeit auf der Wertung, den Parteiinteressen entspreche bei Störung der Äquivalenz

---

<sup>15</sup> LAG Berlin AP Nr. 23 zu § 138 BGB; der Fall zeigt plastisch, daß von der Wertung her zwischen Teilnichtigkeit und Umdeutung kein Unterschied bestehen kann. Es ist lediglich eine Frage der Formulierung, nicht des Inhalts, ob man einen befristeten Vertrag vereinbart (dann Umdeutung) oder eine zusätzliche Klausel in den Vertrag aufnimmt, in der die Kündigung eine Zeitlang ausgeschlossen wird (dann Teilnichtigkeit); s. dazu sogleich im Text.

<sup>16</sup> Vgl. § 11 I 2.

<sup>17</sup> MünchKomm/Mayer-Maly § 140, 14; Soergel/Hefermehl § 140, 4; Staudinger/Dilcher § 140, 4; Fischer Festschrift für Wach S. 199; Siller AcP 138, 156; a. A. von Lübtow I § 6 IV; Thielmann S. 186, 194.

<sup>18</sup> RGZ 121, 99, 106; BGHZ 19, 269, 273 ff.; 20, 363, 370 f.; 26, 320, 329; Palandt/Heinrichs § 140, 2 a cc; Erman/Brox § 140, 12; MünchKomm/Mayer-Maly § 140, 16; Staudinger/Dilcher § 140, 4; Larenz AT § 23 III; Rütters Rdn. 426.

<sup>19</sup> Vgl. oben § 11 Fn. 26. – Exemplarisch dafür ist die Kontroverse, ob die Umdeutung einer Annahmeerklärung auf einer formnichtigen Tratte, z. B. in ein abstraktes Schuldversprechen, möglich ist. Während die Rechtsprechung dies verneint, weil die bloße Unterschrift keine Erklärung darstelle (vgl. z. B. RGZ 136, 207, 210; BGH WM 55, 1324 mwN.), bejaht die Literatur einen solchen Verpflichtungswillen und kommt somit zur Umdeutung (z. B. Reinkens S. 93 mwN.).

<sup>20</sup> Soergel/Hefermehl § 140, 19; Flume II § 32 9 a.

<sup>21</sup> Flume II § 32 9 a; Pierer von Esch S. 72.

<sup>22</sup> Flume II § 32 9 c a. E. geht freilich davon aus, daß § 139 BGB wie § 140 BGB bei einem non liquet zur Nichtigkeit des Geschäftes führen. Wenn das auch im Ergebnis nicht überzeugt, so muß die Meinung Flumes doch zu einer Gleichbehandlung in der hier interessierenden Frage führen.

des Rechtsgeschäfts die Totalnichtigkeit eher als die Aufrechterhaltung.<sup>23</sup> Dieselbe Überlegung gilt auch bei § 140 BGB. Der hypothetische Wille deckt die Verschiebung der Äquivalenz nach denselben Maßstäben, die bei § 139 BGB relevant sind. Die Aussage des BGH, es geschehe dem Vertragspartner kein Unrecht, wenn er seiner hypothetischen Willensrichtung nach mit der Reduzierung seines Anspruchs einverstanden sei,<sup>24</sup> verdeckt, daß dieser hypothetische Wille erst zu untersuchen ist. Maßstab ist dabei u. a., ob der Erfolg trotz der Verschiebung der Äquivalenz den Interessen der betroffenen Partei entspricht, soweit diese Interessen berücksichtigt werden können. Daher bringt die Aufrechterhaltung grundsätzlich keine Probleme, wenn das Äquivalenzinteresse nicht betroffen ist wie beim Testament. Insbesondere aber gibt es keinen Grund, warum die Parteiinteressen gegenüber anderen Gesichtspunkten hier anders als bei § 139 BGB gewichtet werden sollten.

5. Deshalb läßt sich die Meinung nicht halten, es gäbe die Möglichkeit einer hintereinander geschalteten Anwendung des § 139 BGB und der Umdeutung. Die Prüfung des § 139 BGB könne zur Verwerfung des Rechtsgeschäfts führen, das daran sich anschließende Eingreifen des § 140 BGB zur Aufrechterhaltung.<sup>25</sup> Dieser Ansicht liegt die Prämisse zugrunde, § 140 BGB gehe deshalb weiter, weil es dort im Gegensatz zu § 139 BGB nicht auf den erklärten, sondern auf den hypothetischen Parteiwillen ankomme.<sup>26</sup> Daß die Problematik der Teilnichtigkeit nach § 139 BGB damit nicht bewältigt werden kann, wurde schon gezeigt.<sup>27</sup> Die beiden Normen finden mit den ihnen gemeinsam zugrundeliegenden Wertungen parallele Anwendung nur insoweit, als es um die Frage geht, ob eine gesetzeskonforme Fassung möglich ist.<sup>28</sup>

## § 16 Die ergänzende Auslegung

### I. Die Konzeption des Gesetzes

Wie bei § 140 BGB läßt sich aus dem Institut der ergänzenden Auslegung folgern, daß bei gesetzwidrigen Klauseln nicht unbesehen Nichtigkeit eintritt, sondern daß

<sup>23</sup> Vgl. oben § 14 III 4 und ausführlich unten § 19 II.

<sup>24</sup> BGH NJW 1963, 339, 340.

<sup>25</sup> *Erman/Brox* § 140, 6; *Soergel/Hefermehl* § 140, 19; *Pieret von Esch* S. 71 f.; *von Brasch* S. 83; *Fischer* Festschrift für Wach S. 285; *Siller AcP* 138, 149 ff., 156; *Naendrup* S. 151 ff.; *Herzog* S. 98; a. A. (wie hier) *Krampe* S. 285.

<sup>26</sup> *Erman/Brox* § 140, 6; *Soergel/Hefermehl* § 140, 19; *Pieret von Esch* S. 71 sieht dagegen den Unterschied darin, daß bei § 140 BGB das „andere“ Rechtsgeschäft ermittelt werden müsse, während bei § 139 BGB das Teilgeschäft schon festliege; dagegen schon unter 3. Richtig an diesem Gedanken ist freilich, daß es Unterschiede in der Vorregelungsintensität geben kann und *deshalb* die Aufrechterhaltung ausscheidet, vgl. dazu § 20 I 1.

<sup>27</sup> Vgl. §§ 10 I, 14 III.

<sup>28</sup> Richtig insoweit *Erman/Brox* § 140, 6; *Soergel/Hefermehl* § 140, 19; *Pieret von Esch* S. 72 mwN.



zumindest dem Grundsatz nach die Geltung der Parteiabrede möglichst weitgehend zu gewährleisten ist.

1. Fordert man mit der h. M. als erste Voraussetzung der ergänzenden Auslegung eine Lücke im Vertrag,<sup>1</sup> so läßt sich diese in den hier interessierenden Fällen nur bejahen, falls hierzu der wegen der Nichtigkeit einer Vertragsbestimmung auftretende regelungslose Zustand genügt. Eine Lücke liegt vor, wenn die Parteien ein Rechtsverhältnis abschließend regeln wollten, aber bestimmte vereinbarungsbedürftige Fragen offengelassen haben.<sup>2</sup> Legt man diese Begriffsbestimmung zugrunde, so ist durch die nichtige Abrede erkennbar, daß die Parteien eine bestimmte Ordnung ihrer Beziehungen intendierten, wenn diese auch wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht keine Wirksamkeit entfalten kann. Das bedeutet aber ein Indiz dafür, daß der aufgrund des (ersatzlosen) Entfallens der nichtigen Abrede eintretende Rechtszustand nicht den Absichten der Parteien entspricht. Es ist daher folgerichtig, daß nach einhelliger Meinung eine Lücke auch aus der Nichtigkeit einer vertraglichen Übereinkunft resultieren kann.<sup>3</sup>

2. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Lücke nicht durch dispositives Recht<sup>4</sup> zu füllen sei; das hätte zur Konsequenz, daß dann nicht mehr von gesetzeskonformer Auslegung gesprochen werden könnte. Träte z. B. an die Stelle einer unwirksamen, da nach § 3 WährG nicht genehmigten, Gleitklausel das dispositive Recht, so wäre keinerlei Anpassung der Gegenleistung möglich – sieht man von einer Anwendung des Instituts der Geschäftsgrundlage ab.

Die h. M. räumt der ergänzenden Vertragsauslegung dann den Vorrang vor dem

<sup>1</sup> RGZ 87, 211, 213; 92, 318, 320; BGHZ 9, 273, 277 mwN.; 23, 282, 285; 40, 91, 103; BGH WM 1961, 863, 864; 1963, 288, 289; NJW 1978, 695; 1979, 1705, 1706; 1981, 916, 917; 1981, 2180, 2181; 1981, 2181, 2182; NVwZ 1982, 56; implizit wohl auch BGHZ 63, 132, 136; *Erman/Hefermehl* § 157, 16 mwN.; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 157, 32; *Soergel/Knopp* § 157, 112; *Staudinger/Dilcher* § 133/157, 40; *Larenz AT* § 29 I; *Flume II* § 16 4a; *Rüthers Rdn.* 258; *Henckel AcP* 159, 112;

<sup>2</sup> BGHZ 40, 91, 103; BGH WM 1967, 1201; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 157, 34; *Soergel/Knopp* § 157, 113; *Staudinger/Dilcher* § 133/157, 41; *Larenz NJW* 1963, 738 („planwidrige Unvollständigkeit“); ähnlich BGHZ 9, 273, 277; BGH LM Nr. 1 zu § 157 (D) BGB. Ob das auch gilt, wenn die Lücke bewußt offenblieb, kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben (vgl. etwa BGH NJW 1975, 1116, 1117); das Problem findet seine Parallele in der Abgrenzung zwischen Gesetzeslücke und rechtspolitischem Fehler des Gesetzgebers (vgl. dazu *Canaris Lücken* S. 33 ff.).

<sup>3</sup> BGH LM Nr. 12 zu § 157 (D) BGB; WM 1974, 74, 76; (ähnlich WM 1976, 251, 252); 1982, 236, 238 (dort unter zusätzlicher Argumentation mit § 140 BGB); *Palandt/Heinrichs* § 157, 2b; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 157, 43; *ders.* Festschrift für Flume I S. 625; *Soergel/Knopp* § 157, 112; *Larenz AT* § 29 I = S. 497 Fn. 1; i. E. auch BGHZ 60, 353, 362; 63, 132, 136; a. A. *Staudinger/Dilcher* § 133/157, 40 unter fehlerhafter Berufung auf *Sonnenberger* S. 159 und *Pilz* S. 29, der aber S. 127 f. für richterliche Vertragsänderung in solchen Fällen plädiert; vgl. schon § 6 Fn. 175.

<sup>4</sup> Genauer durch teildispositives Recht. Die Konkurrenz zwischen dispositivem Recht und ergänzender Vertragsauslegung tritt bei einer Lücke wegen Nichtigkeit nur ein, wenn zwingendes Recht der vertraglichen Regelung entgegensteht, die gesetzliche Norm jedoch mindestens teilweise dispositiv ist wie z. B. § 276 Abs. 2 BGB.

dispositiven Recht ein, wenn sich aus dem lückenhaften Rechtsgeschäft ableiten läßt, die Beteiligten hätten die abdingbare gesetzliche Regelung nicht gewollt.<sup>5</sup> Die nichtige Abrede dient nicht nur der Lückenfeststellung, sie zeigt auch, daß die dispositive Regelung nicht dem Willen der Parteien entspricht. Konsequenterweise verbleibt es im Falle nichtiger Gleitklauseln nicht bei der teildispositiven Regelung, derzufolge keine Anpassung der Gegenleistung vorgenommen wird; vielmehr ermittelt man einen gesetzeskonformen Leistungsvorbehalt.<sup>6</sup>

Dieses Ergebnis müßten allerdings all diejenigen ablehnen, die die Lücke nur mittels objektiver Kriterien schließen wollen. Dann beantwortet nämlich nicht mehr die Auslegung, sondern nur objektives Recht die Frage, wie die Lücke zu füllen ist.<sup>7</sup> Folglich käme bei einer Lücke wegen Verstoßes gegen eine teildispositive Vorschrift doch wiederum das dispositive Recht zur Anwendung,<sup>8</sup> dagegen könnte man nicht im Wege der ergänzenden Auslegung von der dispositiven Norm abweichen.

Gegen eine solche Konzeption spricht freilich schon, daß die Ermittlung der Lücke nur mit Hilfe der Auslegung – also unter Berücksichtigung des Parteiwillens – möglich ist.<sup>9</sup> Wenn aber zur Auffindung der Lücke und zu ihrer Schließung verschiedene Maßstäbe verwendet werden, so wird dabei der grundlegende Zusammenhang verkannt, daß beide Vorgänge nicht zu trennen sind, sondern ihnen dieselbe gedankliche Konstruktion zugrunde liegt.<sup>10</sup> Umfaßt der auch unter Heranziehung des dispositiven Rechts ermittelte Vertragsinhalt<sup>11</sup> nach dem übereinstimmenden

<sup>5</sup> BGH NJW 1975, 1116, 1117; 1979, 1705, 1706; *Palandt/Heinrichs* § 157, 2 c aa; *Münch-Komm/Mayer-Maly* § 157, 40; *Soergel/Knopp* § 157, 106; *Larenz* AT § 29 II; *ders.* NJW 1963, 740; *Sandrock* S. 47 f.; *Pawlowski* AT II S. 258.

<sup>6</sup> Vgl. die Darstellung oben § 6 II 1.

<sup>7</sup> *Henckel* AcP 159, 117, 121; *Mangold* NJW 1961, 2287; *Wieacker* JZ 1967, 390; *Erman/Hefermehl* § 157, 16; *Flume* II § 16 4 b, gegen ihn *Larenz* AT § 29 I; ähnlich *Canaris* Lücken S. 53 f., der bei der Ergänzung eines Vertrages nicht auf den Willen der Parteien abstellen will, sondern nur auf den erkennbaren objektiven Zweck, den Sinnzusammenhang und den Grundgedanken des Vertrages, gegebenenfalls unter Beachtung der Verkehrssitte und Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten (im Anschluß an *Soergel/Siebert*<sup>9</sup> § 157, 95). Damit ist aber wohl nur der Fall gemeint, in dem eine typische Interessenlage gegeben ist, also (ungeschriebene) Normen des dispositiven Rechts ermittelt werden können. Auch *Canaris* verweist S. 54 auf die von *Larenz* NJW 1963, 740 entwickelten Grundsätze.

<sup>8</sup> *Henckel* AcP 159, 122.

<sup>9</sup> *Henckel* AcP 159, 115 f.

<sup>10</sup> *Lüderitz* S. 406, 410; *Sonnenberger* S. 165 mwN.; *Larenz* Methodenlehre S. 388 f.; *ders.* NJW 1963, 739; *Canaris* Lücken S. 148 ff., 169 für den Fall der teleologischen Gesetzeslücke; diese entsprechen in dem hier interessierenden Zusammenhang den Lücken im Rechtsgeschäft, die aufgrund der Nichtigkeit einer Klausel entstehen.

<sup>11</sup> Insofern stellt sich entgegen der h. M. (vgl. statt aller *Larenz* NJW 1963, 737) in Wahrheit gar nicht die Wahl der Lückenausfüllung mittels dispositiven Rechts oder ergänzender Vertragsauslegung. Greift das dispositive Recht ein, so ist der Vertrag nicht lückenhaft. Sonst wäre jeder Kaufvertrag lückenhaft, in dem keine ausdrückliche Regelung der Mängelgewährleistung vorgesehen ist; jedenfalls hier wäre es kaum sinnvoll, von einer planwidrigen Unvollständigkeit zu sprechen. Eine Lücke entsteht, wenn sich ersehen läßt, daß das dispositive Recht nicht gelten soll und daher die Inhaltsermittlung des Vertrages aus seinem eigenen Zweckzusammenhang heraus (*Larenz* NJW 1963, 740) erfolgen soll. Das ist freilich ein Argument dafür,

Willen der beiden Vertragsschließenden die regelungsbedürftige Situation nicht,<sup>12</sup> so führte es zu einem Widerspruch, die so festgestellte Lücke mittels des objektiven Rechts zu schließen. Dieses entspricht ja gerade nicht dem übereinstimmenden Willen der Parteien – sonst hätte eine Lücke gar nicht festgestellt werden können. Umgekehrt ist vielmehr die Lücke grundsätzlich unter Berücksichtigung des in der nichtigen Abrede zum Ausdruck gekommenen Parteiwillens zu schließen, weil auch ihre Existenz nur dadurch nachgewiesen werden konnte. Wegen der Abweichung vom typischen Regelungsgehalt des Vertrages genießt die ergänzende Auslegung den Vorrang.<sup>13</sup>

Es kommt hinzu, daß erläuternde und ergänzende Auslegung ohnehin nicht exakt unterschieden werden können;<sup>14</sup> dies gilt um so mehr, als der Wortlaut nicht die Grenze der Inhaltsermittlung sein kann.<sup>15</sup> Auch bei der erläuternden Auslegung sind Treu und Glauben mit heranzuziehen.<sup>16</sup> Die Differenz zwischen der erläuternden Auslegung des Vertrages – die unter Berücksichtigung der Umstände und der beteiligten Interessen erfolgt – und Ermittlung dessen, was sich als durch den Vertrag unter Beachtung der Verkehrssitte, der Interessen der Beteiligten und dgl.

---

daß zwischen der durch erläuternde und ergänzende Auslegung ermittelten Derogierung dispositiven Rechts kein prinzipieller Unterschied besteht, und damit auch ein Indiz, daß zwischen den beiden Arten der Inhaltsermittlung eines Vertrages keine grundsätzliche Differenzierung möglich ist; vgl. dazu sogleich im Text.

<sup>12</sup> So die Definition von *Henckel* AcP 159, 119.

<sup>13</sup> Vgl. *Larenz* NJW 1963, 740; *Sandrock* S. 25ff.; 48ff.

<sup>14</sup> Vgl. die Abstufungen bei *Bucher* Festschrift für Deschenaux S. 252ff.; *Sandrock* S. 114 mwN. in Fn. 351, S. 121; s. auch *Rummel* S. 17f., aber auch seine Differenzierung S. 75ff.; a. A. *Flume* II § 16 4 a. Normative erläuternde Auslegung ist nach *Flume* die Bestimmung des Inhalts der Erklärung in Anbetracht des nicht übereinstimmenden Verständnisses der Beteiligten, ergänzende Auslegung betrifft Fragen, für die zum Zeitpunkt der Erklärung überhaupt keine Regelung getroffen werden sollte. Gegen eine solche Differenzierung spricht schon, daß Auslegung nicht nur das umfaßt, was die Autoren gedacht haben – der Text kann „klüger“ sein als der Verfasser (vgl. *Engisch* S. 90; *Radbruch* S. 213). Gerade in dem von *Flume* besprochenen Fall BGH LM Nr. 17 zu § 133 (C) BGB (Glasbausteine) zeigt sich, daß eine grundsätzliche Unterscheidung nicht gezogen werden kann. Einmal läßt sich sagen, daß die Parteien an diese Frage gar nicht gedacht haben, andererseits aber auch vertreten, daß unterschiedliches Verständnis über den Begriff „Fenster“ geherrscht hat. So räumt auch *Flume* ein, daß die Grenzen fließend sind. – Ebenso geht es nicht an, den Wortlaut als Grenze im Sinn einer Beweislastverteilung zu sehen (so aber *Rummel* S. 24), er spielt eine Rolle für die Frage der Vorregelung. Auch in der Rechtsprechung läßt sich kein Unterschied zwischen erläuternder und ergänzender Auslegung erkennen. BGHZ 67, 101, 103f. lehnt die Aufrechterhaltung einer grundsätzlich zulässigen einschränkenden Auslegung wegen des klaren Wortlauts ab, während BGHZ 72, 206, 207f. deswegen die ergänzende Auslegung verwirft. BGH NJW 1981, 756 erklärt den Wortlaut von Ziff. 19 Abs. 2 AGB der Banken infolge ergänzender Auslegung für irrelevant, während BGH NJW 1978, 2244, 2245 das Ergebnis (wohl) durch einschränkende Auslegung erreicht; *Canaris* Bankrecht Anm. 1246, den BGH NJW 1978, 2244, 2245 zustimmend zitiert, erachtet dies als einen Fall der unzulässigen Berufung auf eine Rechtsstellung.

<sup>15</sup> Vgl. nur oben § 14 I 1.

<sup>16</sup> Vgl. § 13 Fn. 42.

gefordert ergibt,<sup>17</sup> ist allenfalls gradueller, nicht aber prinzipieller Natur.<sup>18</sup> Unter diesem Aspekt wäre es nicht gerechtfertigt, der privatautonomen Regelung der Parteien zwar im Rahmen der erläuternden Auslegung zur Geltung zu verhelfen, bei der ergänzenden Interpretation diese konkrete Abrede aber für irrelevant zu erachten.<sup>19</sup> Mittels ergänzender Auslegung eine partiell rechtswidrige AGB-Klausel möglichst weitgehend aufrechtzuerhalten, verbietet sich nicht deswegen, weil bei der ergänzenden Auslegung generell nicht mehr die Parteiabrede berücksichtigt werden dürfte;<sup>20</sup> sie ist abzulehnen, weil (und soweit) dem Verwender nicht das Vorregulungsrisiko abgenommen werden soll.<sup>21</sup> Diese Überlegungen bedeuten freilich nicht, daß nicht auch und gerade objektive Kriterien zu berücksichtigen sind; sie begründen nur die Legitimation, auch den Parteiwillen mit in Rechnung zu stellen, der im (nichtigen) Geschäft seinen Niederschlag gefunden hat.<sup>22</sup>

3. Im hier interessierenden Zusammenhang macht es keinen Unterschied, ob man den Ausgangspunkt der h. A., die Lösung mittels einer Vertragslücke zu suchen, schon deshalb ablehnt, weil die gedanklichen Operationen der Feststellung und Schließung der Lücke zusammenfielen.<sup>23</sup> Auch und gerade bei diesem Ansatz ist die nichtige Regelung der entscheidende Hinweis darauf, daß die Parteien die dispositive Regelung nicht wollten, mögen auch in der konkreten Konstruktion Unterschiede zur h. M. festzustellen sein.

## II. Der hypothetische Parteiwille

Der damit entscheidende hypothetische Parteiwille ist – wie bei den anderen bisher besprochenen Ansatzpunkten – wiederum Ergebnis einer Wertung.<sup>24</sup>

1. Es wäre schon kaum einzusehen, warum der hypothetische Parteiwille hier nach anderen Kriterien als bei der Teilnichterklärung oder § 140 BGB zu ermitteln sein sollte.<sup>25</sup> Wenn man in der Literatur teilweise die Auffassung vertritt, es komme bei der ergänzenden Auslegung nicht auf den hypothetischen Parteiwillen an, da die Lücke aus dem Sinnzusammenhang des konkreten Vertragsinhalts zu schließen

<sup>17</sup> So die Umschreibung der ergänzenden Auslegung bei *Soergel/Knopp* § 157, 125.

<sup>18</sup> Vgl. auch *MünchKomm/Mayer-Maly* § 157, 42.

<sup>19</sup> Vgl. auch *Larenz* AT § 29 I; *Brox* JZ 1966, 765.

<sup>20</sup> Vgl. oben § 6 II 3 a mit Fn. 185.

<sup>21</sup> Vgl. genauer unten 20 II 2 a.

<sup>22</sup> Vgl. auch *Sandroch* S. 101 f.

<sup>23</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 10.

<sup>24</sup> BGHZ 19, 110, 112 f.; 33, 163, 165; BGH NJW 1952, 540, 541; 1979, 1705, 1706; 1980, 1681, 1682; 1981, 916, 917, *Jauernig* § 157, 2 c; *Erman/Hefermehl* § 157, 16; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 157, 42; *Soergel/Knopp* § 157, 118 f., 125; *Staudinger/Dilcher* § 113/157, 42; *Larenz* AT § 29 I; *Flume* II § 16 4 a; *Brox* AT Rdn. 138 ff.; *Lüderitz* S. 395 f.; a. A. *E. Wolf* § 9 A II c 3, der die Möglichkeit einer ergänzenden Auslegung überhaupt leugnet.

<sup>25</sup> Auch *MünchKomm/Mayer-Maly* § 157, 42 spricht sich für die Gleichbehandlung aus; vgl. *dens.* § 139, 24 unter Hinweis auf BGHZ 65, 368, 372 (vgl. dazu oben § 8 II 4): Was Treu und Glauben fordern, ist auch als hypothetischer Parteiwille anzusehen; so auch *Pawłowski* S. 210 Fn. 52.

sei,<sup>26</sup> so liegt darin nur ein terminologischer Unterschied. Daß nicht nur objektive Kriterien – losgelöst vom konkreten Vertrag – entscheidend sein können, wurde bereits gezeigt.<sup>27</sup> Den Vertragszusammenhang als Komponente des hypothetischen Parteiwillens zu begreifen oder als diesem nebengeordnet anzusehen, macht jedenfalls im Ergebnis keinen Unterschied. Zwischen der ergänzenden Auslegung und § 140 BGB läßt sich auch nicht mit dem Argument differenzieren, nur bei der Umdeutung komme der hypothetische Parteiwille zum Zuge.<sup>28</sup> Denn auch bei der ergänzenden Auslegung sind nicht nur subjektive Momente relevant, umgekehrt ist auch bei § 140 BGB dem Parteiwillen Rechnung zu tragen.

2. Auch die konkreten Sachprobleme zeigen, daß es zwischen den Maßstäben der Teilnichtigkeit bzw. Umdeutung und denen der ergänzenden Auslegung im hier interessierenden Zusammenhang<sup>29</sup> keine Unterschiede gibt. Steht nämlich beispielsweise unter Berücksichtigung übergeordneter Gesichtspunkte fest, daß es bei einem Verstoß gegen das Wucherverbot bei der Folge der Totalnichtigkeit zu verbleiben hat – wie dies die h. M. annimmt<sup>30</sup> –, so darf man dieses Ergebnis nicht dadurch unterlaufen, daß mittels ergänzender Auslegung ein nicht gegen die guten Sitten verstoßender Vertragsinhalt ermittelt wird. Damit kann aufgrund einer ergänzenden Auslegung keine Gestaltung des Rechtsgeschäfts festgestellt werden, die im Wege des § 140 BGB nicht hätte gefunden werden können oder dürfen. Es ist daher konsequent, daß sich die Formeln zur Ermittlung des hypothetischen Willens bei § 140 BGB und bei der ergänzenden Auslegung entsprechen.<sup>31</sup>

3. Zwar besteht zwischen den beiden Vorgehensweisen in der Praxis ein Unterschied; dieser erweist sich jedoch als nur vordergründig. Ergänzende Vertragsauslegung hat nämlich in der Regel ihren Platz, wenn es lediglich um die Wirksamkeit einer einzelnen Klausel geht;<sup>32</sup> das ist Konsequenz des Erfordernisses einer Lücke im (ansonsten bestehenden) Vertrag. § 140 BGB wird dagegen vor allem geprüft,

<sup>26</sup> *Erman/Hefermehl* § 157, 16; *Staudinger/Dilcher* § 133/157, 42.

<sup>27</sup> S. soeben § 16 I 2.

<sup>28</sup> So aber *Erman/Hefermehl* § 157, 16.

<sup>29</sup> Das heißt nicht, daß ergänzende Auslegung generell keinen eigenständigen Stellenwert hätte. Für die Frage der Nichtigkeitsvermeidung lassen sich allerdings zwischen ihr und § 140 BGB keine überzeugenden Abgrenzungskriterien finden.

<sup>30</sup> Vgl. oben § 9 II mit Fn. 3.

<sup>31</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 1978, 695: „Maßgeblich für diese Feststellung ist, wie sie (sc. die Parteien) sich als redliche Vertragspartner nach den Gesamtumständen und im Blick auf die beiderseitigen Interessen entschieden hätten“ (zur ergänzenden Auslegung); BGH NJW 1974, 43, 45: „Dieser (sc. der hypothetische Wille) kann nur so festgestellt werden, daß man sich die wirtschaftlichen Zwecke und die erkennbare Interessenlage vergegenwärtigt und dann fragt, ob das „andere Geschäft“ ein geeignetes Mittel darstellt, diese Zwecke zu verwirklichen und ob seine Geltung der Interessenbewertung, von der die Parteien ausgingen, entspricht“ (zur Umdeutung). BGH WM 1982, 236, 238 läßt offen, ob der Vertragsinhalt durch Auslegung (§ 157 BGB) oder Umdeutung (§ 140 BGB) zu ermitteln sei.

<sup>32</sup> Vgl. etwa die Rechtsprechung zu § 3 WahrG, insbesondere BGHZ 63, 132, 136. Freilich wäre auch denkbar, einen (in der vorliegenden Form nichtigen) Vertrag durch ergänzende Auslegung aufrechtzuerhalten. S. auch § 6 Fn. 192.

wenn der Vertrag als ganzer in Frage steht.<sup>33</sup> Daraus können sich Unterschiede bei der konkreten Abwägung ergeben, da z. B. das Interesse des durch die Norm zu Schützenden zwar die Aufrechterhaltung des Vertrages fordern mag, die möglichst weitgehende Rettung einer konkreten Klausel dagegen in aller Regel sich nur zugunsten des Vertragspartners auswirkt, der durch die ursprüngliche Fassung (in gesetzwidriger Weise) begünstigt war. Unterschiedliche Ergebnisse finden aber ihre Rechtfertigung in der verschiedenen Gewichtung der Sachgesichtspunkte; sie sind nicht bedingt durch den dogmatischen Ansatz.

4. Daß sich die ergänzende Auslegung an der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Entscheidung orientiert,<sup>34</sup> bedeutet im Ergebnis keinen Unterschied zu § 140 BGB. Es wurde bereits gezeigt, daß bei der *erläuternden* Auslegung spätere Entwicklungen des zwingenden Rechts zu beachten sind<sup>35</sup> – ein weiteres Argument für den allenfalls graduellen Unterschied zur ergänzenden Auslegung. Wenn bei § 140 BGB nicht der Zeitpunkt der Umdeutung, sondern der der Vornahme des nichtigen Rechtsgeschäfts entscheidend sein soll,<sup>36</sup> so wird dabei übersehen, daß auch bei der Umdeutung zu prüfen ist, was die Parteien gewollt hätten, wenn sie sich der Nichtigkeit bewußt gewesen wären<sup>37</sup> – eine Formel, die in gleicher Weise bei der ergänzenden Vertragsauslegung auftaucht.<sup>38</sup> Auch bei § 140 BGB kommt man ohne die Berücksichtigung später eintretender Umstände – z. B. der Verweigerung der Genehmigung einer Veräußerung durch den Ehegatten<sup>39</sup> – wie auch ohne die Beachtung der Änderung zwingenden Rechts nicht aus.

### § 17 Die institutionellen Schranken

#### I. Die Konzeption des Gesetzes

1. Daß institutionelle Schranken lediglich Nichtigkeit zur Folge haben, *soweit* die Kollision zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Gesetz reicht, ergibt sich schon aus dem Begriff.<sup>1</sup> Die Norm bewirkt nur eine Begrenzung des jeweiligen An-

<sup>33</sup> Vgl. z. B. BGHZ 19, 269 ff.; BGH NJW 1963, 339 f.

<sup>34</sup> BGHZ 12, 337, 343; 23, 282, 285; *Soergel/Knopp* § 157, 120; *Flume* II § 16 4 c. Die Einwände *Sonnenbergers* S. 200 ff. betreffen nur die Berücksichtigung nachträglich entstehender Verkehrssitten, sind auf die Frage einer späteren Rechtsänderung aber nicht übertragbar; vgl. auch die Differenzierung bei *Capelle/Canaris* § 13 II 4.

<sup>35</sup> Vgl. oben § 13 IV 4.

<sup>36</sup> BGHZ 40, 218, 223; MünchKomm/Mayer-Maly § 140, 22; *Fischer* Festschrift für Wach S. 203, 263; *Reinicke* S. 104.

<sup>37</sup> BGHZ 40, 218, 223; BGH NJW 1974, 43, 45; *Reinicke* S. 104.

<sup>38</sup> Vgl. Nachw. § 13 Fn. 66.

<sup>39</sup> Vgl. BGHZ 40, 218, 223.

<sup>1</sup> Vgl. *Flume* NJW 1959, 919. Daß die institutionellen Schranken von den Verbotsgesetzen nicht abgrenzbar sind, ist ein Problem, dem wegen der hier vorgeschlagenen einheitlichen Behandlung kein Gewicht zukommt.

spruchs, ohne zu einem totalen Entfallen der Abrede zu führen. Auch der Wortlaut der entsprechenden Regelungen deutet darauf hin – man denke etwa an § 9a Erbb-RVO. Die zitierte Norm beispielsweise spricht davon, eine Vereinbarung, derzufolge eine Änderung des Erbbauzinses verlangt werden könne, begründe einen Anspruch auf Erhöhung nur insoweit, als dies unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nicht unbillig sei. Dem liegt ersichtlich die Konzeption zugrunde, daß nicht der Anspruch als ganzer entfällt. Gleiches gilt, wenn eine übermäßige Pflicht nach § 242 BGB auf ein vertretbares Maß herabgesetzt werden kann.<sup>2</sup> Im Ergebnis entspricht das freilich der Anordnung von Teilnichtigkeit.

2. Zu dieser Methode der Inhaltsermittlung gehört auch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung. Ein „an sich“ bestehender Anspruch wird nicht generell, jedoch im Einzelfall begrenzt. Das führt auch hier nicht dazu, daß der Vertrag oder die Klausel insgesamt entfiele; die vertraglich vereinbarten Rechte werden nur im jeweiligen Einzelfall versagt. Erst recht führt es im Ergebnis nur zur Teilnichtigkeit, wenn man den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber einem Recht höhenmäßig begrenzt, z. B. eine Aufrechnung nur als partiellen Verstoß gegen § 242 BGB ansieht.<sup>3</sup>

## II. Die Gleichbehandlung mit den anderen dogmatischen Ansatzpunkten

Steht somit auch hier vom Grundsatz her fest, daß institutionelle Schranken die Rechtsfolgen des Geschäfts nur begrenzen, so können weitere Überlegungen Abweichungen von diesem Prinzip notwendig machen. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung ist die Nichtigerklärung einer Klausel, die eine (überzogene) Vertragsstrafe vorsah.<sup>4</sup> Gleiches gilt insbesondere auch für die Möglichkeit, die Pflicht einer Partei gemäß § 242 BGB auf das gesetzeskonforme Maß zu reduzieren. Die Interessenlage ist nämlich unabhängig davon, ob eine Klausel für (teilweise) nichtig erklärt wird oder ihr (in bestimmten Fällen) der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengesetzt werden kann. Es ist dann konsequent, § 139 BGB bzw. die in seinem Rahmen entwickelten Grundsätze (analog) anzuwenden.<sup>5</sup>

1. Zwischen der erläuternden bzw. ergänzenden Auslegung und § 242 BGB in seiner Funktion als dogmatischer Ansatz für die Beschränkung von Rechten läßt sich kein Unterschied feststellen.<sup>6</sup> All diese Methoden der Inhaltsermittlung basieren

<sup>2</sup> Vgl. oben § 7 I 3.

<sup>3</sup> OLG Stuttgart als Vorinstanz zu BGH LM Nr. 48 zu § 387 BGB; MünchKomm/Roth § 242, 242.

<sup>4</sup> Z. B. BGHZ 60, 377, 384 f.; dazu oben § 7 II 2 a. E.

<sup>5</sup> Grunsky JurA 1969, 100; Wolf S. 284 Fn. 15; a. A. wohl Weber N 379.

<sup>6</sup> MünchKomm/Roth § 242, 249; vgl. auch Canaris Vertrauenshaftung S. 273 Fn. 25. Auch wenn Canaris dort die Frage zunächst nur als ein Problem der Normen behandelt, so besteht zu Vertragsbedingungen kein relevanter Unterschied, zumal die AFB – um die es in BGHZ 40, 387, 389 ging – ABG und keine Normen sind (Prölss/Martin Vorbem. I 6). So differenziert auch Canaris nicht zwischen Auslegung von Normen und von Vertragsbedingungen, vgl. Fn. 25 a. E. – Ob die Gleichwertigkeit auch für die in § 242 BGB wurzelnden Institute wie das des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gilt, die als dispositives Recht wirken, sei hier dahingestellt; vgl. z. B. Niklisch BB 1980, 949 ff.

auf Wertungen; Beschränkungen der Rechte eines Vertragspartners können somit ohne sachliche Differenz sowohl anhand einer interessenorientierten Auslegung als auch mittels der Anwendung des § 242 BGB gewonnen werden.<sup>7</sup>

2. a) Freilich widerspricht einem solchen Ansatz die namentlich von der Rechtsprechung vertretene Ansicht, die Auslegung nach §§ 133, 157 BGB habe der Prüfung voranzugehen, welche Vertragspflichten sich aus § 242 BGB ergäben.<sup>8</sup> Dieser Abstufung liegt die Vorstellung zugrunde, Auslegung erschöpfe sich in der Ermittlung des Parteiwillens, während objektive Kriterien erst nach Feststellung des durch die Willenserklärungen bestimmten *Vertragsinhalts* Einfluß auf die von diesem abgesetzten *Vertragspflichten* gewannen. Der BGH hat dies in dem Satz zusammengefaßt, die Frage nach dem rechtlichen *Sollen* im Sinn des § 242 BGB stelle sich im allgemeinen erst, wenn sich aus dem durch Auslegung ermittelten rechtlichen *Wollen* der Parteien ausreichende Anhaltspunkte für eine Entscheidung des Streitfalls nicht gewinnen ließen.<sup>9</sup>

b) Schon der Ausgangspunkt dieser Differenzierung vermag nicht zu überzeugen. Auch bei der Auslegung finden heteronome Maßstäbe Anwendung;<sup>10</sup> es kommt nicht nur auf den Parteiwillen an. Für eine Unterscheidung spricht auch nicht, daß § 242 BGB im Gegensatz zur Auslegung die Berücksichtigung nachträglich eingetretener Änderungen ermögliche.<sup>11</sup> Gerade wenn man anerkennt, daß auch nachträgliche Lücken – z. B. wegen eines später erlassenen, dem Rechtsgeschäft entgegenstehenden zwingenden Gesetzes – mittels ergänzender Auslegung geschlossen werden können,<sup>12</sup> ist eine solche Unterscheidung nach den Zeitpunkten nicht plau-

<sup>7</sup> Vgl. BGH DB 1977, 674: Rücktrittsrecht aufgrund einer interessengerechten Auslegung; das Ergebnis hätte wegen der überwiegenden Interessen des Vertragspartners auch mittels der Berufung auf eine unzulässige Rechtsausübung gewonnen werden können; vgl. MünchKomm/Roth § 242, 250.

<sup>8</sup> RGZ 141, 198, 202; BGHZ 9, 273, 277 ff.; 16, 4, 8 unter Berufung auf Oertmann S. 314; BGH WM 1958, 175, 177 f.; 1958, 965, 967; 1961, 410, 411; 1961, 1077, 1079; 1961, 1194, 1195; 1962, 150, 151; 1963, 288, 289; 1963, 597, 598; 1967, 1277, 1279; 1969, 1237, 1238 f.; 1971, 509, 510 f.; 1975, 445; NJW 1978, 695, 696; wohl auch BGH NJW 1981, 916, 917; BAG AP Nr. 16 zu § 74 HGB; Jauernig/Vollkommer § 242 I 4 a; Palandt/Heinrichs § 242, 2a; Erman/Sirp § 242, 12; RGRK/Alff § 242, 4; Soergel/Knopp § 157, 96; Rothe DB 1963, 1527, 1528; Esser MDR 1958, 287, 288; vorsichtiger Erman/Hefermehl § 157, 3; ders. in Anm. zu BAG AP Nr. 16 zu § 74 HGB; anders aber BGHZ 48, 296, 301, wo § 157 und § 242 BGB nebeneinander zitiert werden; in BGHZ 12, 357, 375 wird die Auslegung anhand von § 242 BGB vorgenommen; vgl. auch § 7 Fn. 11.

<sup>9</sup> BGHZ 16, 4, 8; BGH WM 1969, 1237, 1239; Palandt/Heinrichs § 242, 2a; Erman/Hefermehl § 157, 3; Soergel/Knopp § 157, 96; Oertmann S. 314.

<sup>10</sup> Vgl. oben § 13 V 2; vgl. auch Lüderitz S. 416 Fn. 18. Im Ergebnis ist auch ein Teil der Literatur sehr vorsichtig; vgl. z. B. Erman/Hefermehl § 157, 3. Palandt/Heinrichs § 242, 2a spricht von Überschneidungen der beiden Normen, hält aber eine Trennung grundsätzlich für möglich.

<sup>11</sup> So aber Sandrock S. 216.

<sup>12</sup> Vgl. statt aller Soergel/Knopp § 157, 120. Gegen die Trennung spricht auch, daß auch bei der ergänzenden Auslegung die Schließung der Lücke anhand von Treu und Glauben zu erfolgen hat; vgl. nur Lüderitz S. 416 Fn. 18.



sibel.<sup>13</sup> So ist ersichtlich die Einordnung unter § 157 BGB oder § 242 BGB ohne eigenen Erkenntniswert;<sup>14</sup> einzig entscheidend ist die zugrundeliegende Wertung der beteiligten Interessen.<sup>15</sup> Diese sind freilich um so intensiver zu berücksichtigen, je exakter sie sich aus den Willenserklärungen ablesen lassen.<sup>16</sup> Insofern bilden die von der Rechtsprechung bei der Auslegung eingeordneten Anhaltspunkte im Rechtsgeschäft selbst ein relevantes Kriterium bei der Inhaltsermittlung, ohne daß freilich ein prinzipieller Unterschied zur Ergänzung mittels § 242 BGB besteht.

3. Im Ergebnis gilt nichts anderes für den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, wenn man ihn überhaupt zur beschränkenden Funktion des § 242 BGB abgrenzen will. Zwar ist zwischen dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung und der Kontrolle anhand der §§ 134, 138 BGB die theoretische Unterscheidung an sich leicht vorzunehmen. Diese betreffen die typisierte, bereits ex ante zu ermittelnde, jener die individualisierte, in der Regel erst ex post zutage tretende Unbilligkeit.<sup>17</sup> Das könnte immerhin zur Folge haben, daß sich wegen der Abgrenzbarkeit der Anwendungsbereiche ein Rückgriff auf gemeinsame Prinzipien erübrigte, solche eventuell sogar fehlten.

Dennoch liegen den beiden Vorgehensweisen übereinstimmende Maßstäbe zugrunde. Spricht man sich etwa ausnahmslos für die Gesamtnichtigkeit von teilweise gegen das AGBG verstoßenden Klauseln aus, so darf dieses Ergebnis nicht durch die Anwendung von § 242 BGB wieder unterlaufen werden. Es würde zu einem nicht erklärbaren Wertungswiderspruch führen, würde man in diesem Fall zwar den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zulassen, aber keine Sanktion für die Wirksamkeit der Klausel für nötig erachten.<sup>18</sup> Sieht man vielmehr in der Kenntnis oder dem Kennenmüssen des Verwenders vom Gesetzesverstoß das entscheidende Kriterium, so ist die Anwendung des § 242 BGB nur dann gerechtfertigt, wenn dem Verwender Kenntnis oder Kennenmüssen der exzeptionellen Situation – eventuell nach objektiven Maßstäben – nicht anzulasten ist. Sonst könnte die Sanktion der Totalnichtigkeit umgangen werden, ohne daß hierfür ein sachgerechter Differenzie-

---

<sup>13</sup> Vgl. zu dem Problem der Änderung zwingenden Rechts auch § 16 Fn. 34.

<sup>14</sup> MünchKomm/Roth § 242, 88; *Flume* II § 16 3 a. Vgl. als Beispiel für die Gleichwertigkeit von Auslegung und § 242 BGB die Kommentierung bei *Staudinger/Schlosser* § 6, 17 a und § 9, 11: Einschränkende Auslegung zur Vermeidung von Totalnichtigkeit, wenn der Aufsteller an diese Situation nicht gedacht hat, § 242 BGB, um eine flexiblere Anwendung des AGBG in Randbereichen zu gewährleisten; auch im Stadium der Inhaltskontrolle soll wegen § 242 BGB keine Totalnichtigkeit eintreten, wenn bei wörtlicher Anwendung Fälle nicht auszuschließen sind, in denen sich die AGB unangemessen auswirken würden. Auch das setze voraus, daß der Verwender an diese Situation nicht gedacht habe. Vgl. auch *Canaris* Bankrecht Rdn. 1060, der wahlweise § 157 BGB und § 242 BGB heranzieht.

<sup>15</sup> Vgl. §§ 18 ff.

<sup>16</sup> Vgl. § 20 I 1.

<sup>17</sup> MünchKomm/Roth § 242, 437.

<sup>18</sup> Konsequenz *Löwe*, der in § 6, 2 sich für ausnahmslose Totalnichtigkeit ausspricht und § 242 BGB im Anwendungsbereich der §§ 9 ff. AGBG für gänzlich unanwendbar hält (vor §§ 8–11, 23). Vgl. auch Nachw. in Fn. 5.

rungsgrund vorläge. Entscheidendes Kriterium ist wiederum der zugrundeliegende Sachgesichtspunkt, nicht die dogmatische Einordnung.

Auch wenn man wegen der unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe der § 242 BGB und §§ 134, 138 BGB zu Divergenzen in den Ergebnissen käme,<sup>19</sup> so hieße das nicht, daß keine gemeinsamen Prinzipien vorhanden wären. Vielmehr könnte das Differenzierungsmerkmal gerade in der Schwere des Verstoßes bzw. in der tatbestandlichen Präzisierung der Verbotsnorm im Gegensatz zu den generalklauselartigen Schranken liegen.<sup>20</sup> Es ließe sich aber nicht daraus folgern, daß wegen der dogmatischen Einordnung die Sachkriterien nicht mehr berücksichtigt werden müßten.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> So wohl *Capelle/Canaris* § 15 I 3 e.

<sup>20</sup> So wohl auch *Capelle/Canaris* § 15 I 3 e.

<sup>21</sup> Zu den Konsequenzen der Strenge des Prüfungsmaßstabes s. genauer unten § 20 II 2 a.

## 5. Kapitel: Prinzipien der gesetzes- und sittenkonformen Auslegung

Alle dogmatischen Ansatzpunkte gehen also nicht von automatischer Totalnichtigkeit aus. Über Aufrechterhaltung oder Verwerfung des Rechtsgeschäfts entscheiden vielmehr zusätzliche Überlegungen, die unabhängig davon sind, ob die Lösung mittels Auslegung, Teilnichtigerklärung oder dgl. gesucht wird. Solche Kriterien lassen sich schwerlich erschöpfend aufzählen und abwägen.<sup>1</sup> Im folgenden geht es demgemäß um die wichtigsten, immer wiederkehrenden und das Ergebnis weithin bestimmenden Faktoren. Ebenso ist es unmöglich, die genannten Gesichtspunkte für alle Fälle zu hierarchisieren, ihr Einfluß kann je nach Gestaltung des konkreten Problems unterschiedlich sein.

### *§ 18 Der Zweck des Gesetzes*

#### *I. Verhinderung des rechtswidrigen Inhalts eines Rechtsgeschäfts*

1. Zieht man lediglich den Zweck des zwingenden Rechts in Betracht, eine bestimmte rechtsgeschäftliche Regelung zu verhindern oder vorzuschreiben, so ist dem durch die gesetzeskonforme Auslegung Rechnung getragen. Die Aufrechterhaltung in reduziertem Umfang steht nicht in Widerspruch zum Geltungsanspruch des zwingenden Rechts.<sup>2</sup> § 276 Abs. 2 BGB beispielsweise ist Genüge getan, wenn der Schuldner nur bei Vorsatz haftet; die Erstreckung der Verantwortung auf Fahrlässigkeit wird von der Norm unter dem Aspekt des Durchsetzungsanspruchs nicht gefordert. Auch § 138 BGB ist nicht verletzt, wenn der Vertrag in sittenkonformem Umfang aufrechterhalten bleibt; in diesem Zusammenhang spielt es noch keine Rolle, ob auf das eben noch sittenkonforme Maß oder auf das Durchschnittsniveau reduziert wird.<sup>3</sup> Bei dieser Komponente des zwingenden Rechts bleibt es auch irrelevant, welchen Schutzzweck das Gesetz verfolgt – Wahrung der Interessen einer Partei oder der Allgemeinheit; beiden ist mit der gesetzeskonformen Auslegung Rechnung getragen.

2. Der Wortlaut der Norm ist hierbei grundsätzlich nicht entscheidend. Das folgt schon aus einem Vergleich der unterschiedlichen Regelungen der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Zwar unterscheiden sich §§ 616 Abs. 2 Satz 1 BGB und § 63 Abs. 2 Satz 2 HGB. Jene Vorschrift ordnet an, daß der Anspruch unabdingbar sei,

---

<sup>1</sup> Vgl. die grundsätzliche Anerkennung der Topik auch in „systematischen“ Gebieten bei *Canaris Systemdenken* S. 157.

<sup>2</sup> *Lindacher AcP* 173, 129.

<sup>3</sup> Vgl. dazu unten § 20, I 2 c, II 2 b, III.

während diese die Vereinbarung für nichtig erklärt, anderweitig erhaltene Gelder anzurechnen. Aus den abweichenden Formulierungen kann aber nicht geschlossen werden, daß sich an die Verletzung der genannten Regelungen unterschiedliche Rechtsfolgen knüpfen sollen, soweit es um das Schicksal des restlichen Vertrages geht,<sup>4</sup> zumal sich solche Divergenzen auch sachlich nicht rechtfertigen ließen.

Desgleichen bleibt es für die Frage der Geltungserhaltung irrelevant, ob das Gesetz ein Gebot oder Verbot statuiert. Wie gezeigt,<sup>5</sup> lassen sich beide Arten zwingenden Rechts ohne Unterschied im materiellen Gehalt ineinander überführen. Es ist ohne Bedeutung, ob das Gesetz den Haftungsausschluß für Vorsatz verbietet oder aber die Haftung bei vorsätzlicher Vertragsverletzung zwingend vorsieht.

Diese Grundsätze sind zu modifizieren, wenn sich aus dem zwingenden Recht ergibt, daß für Abreden, die einseitig eine Partei begünstigen, bestimmte Voraussetzungen gefordert werden. Dies gilt insbesondere, wenn das Gesetz die Abdingung teildispositiven Rechts an die Erfüllung von Hinweispflichten u. ä. knüpft, wie das z. B. in § 4 Abs. 2 AbzG geschehen ist. Entgegen der h. M.<sup>6</sup> ist eine Verfallklausel nichtig, in der die in dieser Norm genannten Voraussetzungen nicht niedergelegt sind. Hierbei spielt es keine Rolle, ob die Vereinbarung in AGB enthalten ist oder individuell getroffen wurde. Dasselbe gilt, wenn das Gesetz etwa zugunsten der schwächeren Partei einen ausdrücklichen Hinweis auf die ihr verbleibenden Rechte vorschreibt; Beispiel dafür ist § 11 Nr. 10b AGBG.<sup>7</sup>

3. Mit der soeben geschilderten Ausnahme hängt eng zusammen, daß eine gesetzeskonforme Auslegung nicht möglich ist bei Vorschriften, die an das Zustandekommen eines Vertrages Formanforderungen stellen wie z. B. § 1 a AbzG. Nach der Konzeption des Gesetzes ist der Schutz des Käufers hier durch die Aufnahme der von § 1 a Abs. 1 AbzG geforderten Angaben in die schriftliche Willenserklärung des Käufers zu gewährleisten. Die fehlende Beurkundung kann nicht durch eine entsprechende Auslegung ersetzt werden. Ebenso soll § 313 Satz 1 BGB die notwendige Überlegung und Beratung sichern. Es ist daher konsequent, bei Fehlen notarieller Beurkundung Totalnichtigkeit anzunehmen und das Geschäft nicht mittels geltungserhaltender Auslegung zu retten.<sup>8</sup> Diese Gesichtspunkte entsprechen der h. M.

<sup>4</sup> Vgl. auch schon oben § 8 II 3 a mit Fn. 106.

<sup>5</sup> Vgl. oben § 13 III 2 c (1).

<sup>6</sup> Vgl. oben § 8 I 2 c.

<sup>7</sup> Vgl. *Kötz NJW* 1979, 788; es sei nochmals klargestellt, daß das nicht gilt, wenn der Schutzzweck der Norm die Aufrechterhaltung fordert, vgl. dazu genauer § 18 II 3 b.

<sup>8</sup> Vgl. *BGH NJW* 1970, 999 und dazu oben § 6 I 2 a. E. sowie *BGH NJW* 1980, 1622, 1623 und oben § 7 II a. E. mit Fn. 20. – Bei der zuletzt genannten Entscheidung wäre zwar durch eine Reduktion auch der Formzwang entfallen, so daß insoweit ein Grenzfall vorliegt. Man wird hier jedoch dem Formerfordernis den Vorrang einräumen müssen, zumal es nur um eine einzelne Klausel und nicht das Schicksal des Gesamtvertrages ging. Auch eine Umdeutung darf den Formzweck nicht vereiteln, vgl. *BGH NJW* 1980, 2517. – Schon aus diesem Grund kann § 1 a Abs. 3 AbzG und § 313 Satz 2 BGB nicht als Argument dafür herangezogen werden, daß die gesetzeskonforme Auslegung von dem (teilweisen oder zumindest einseitigen) Austausch der Leistungen abhängig sei, vgl. dazu genauer unten § 18 II 1 e.

im Rahmen des § 140 BGB, daß fehlende Tatbestandsvoraussetzungen nicht fingiert werden dürfen.<sup>9</sup>

Unabdingbare Voraussetzung bleibt es nämlich, daß die Ermittlung eines gesetzes- bzw. sittenkonformen Inhalts überhaupt möglich ist.<sup>10</sup> Nicht als Problem der geltungserhaltenden Auslegung sind deshalb die Fragen anzusehen, die im Zusammenhang mit Bordellpacht- und -kaufverträgen auftauchen, wenn diese wegen der geplanten Verwendung des Vertragsgegenstandes als sittenwidrig angesehen werden. Eine gesetzeskonforme Fassung ist in diesen Fällen nicht möglich, eine eventuell nach anderen Normen geschuldete Vergütung richtet sich nicht nach den hier besprochenen Grundsätzen.<sup>11</sup> Anders wäre es, wenn der Vertrag *lediglich* der Disproportionalität der beiderseitigen Pflichten wegen § 138 BGB verletztete.

## II. Schutzcharakter der Norm

Umgekehrt kann freilich der Zweck des Gesetzes eine Reduzierung des Geschäftes nicht nur nicht verbieten, sondern sogar erfordern. Dies ist insbesondere der Fall, wenn das Gesetz dem Schutz einer Partei dient und zu ihren Gunsten einen Mindestinhalt des Rechtsgeschäfts festlegt. Der Schutzcharakter der Norm geht dem Parteiwillen grundsätzlich vor.<sup>12</sup>

1. a) Dem zu schützenden Vertragspartner stehen nämlich die vom Gesetz an den Abschluß des Vertrages geknüpften unabdingbaren Rechte nur dann zu, wenn das Rechtsgeschäft als solches Bestand hat. Totalnichtigkeit würde dem Zweck des Gesetzes diametral entgegenlaufen; das hat schon das oben dargestellte Fallmaterial<sup>13</sup> gezeigt. Ein besonders krasses, hier der Anschaulichkeit halber wiederholtes Beispiel wäre der Fall, in dem wegen unwirksamer Abdingung der Kündigungsschutzvorschriften in einem Arbeits- oder Mietvertrag dieser gänzlich der Nichtigkeit verfiel und es somit dem Arbeitgeber bzw. Vermieter jederzeit möglich wäre, durch Geltendmachung der Nichtigkeit den vom Gesetz (unabdingbar!) garantierten Status zu unterlaufen.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> Vgl. § 11 Fn. 26.

<sup>10</sup> Bydlinski S. 108; Sandrock AcP 159, 516, 517.

<sup>11</sup> Vgl. z. B. RGZ 68, 97, 104; BGHZ 63, 365, 368f. Den Urteilen kann auch im übrigen nicht zugestimmt werden. Daß bei einem Bordellkauf nur der übermäßige und daher sittenwidrige Gewinn mittels einer Hypothek abgesichert werde (so RG aaO.), ist durch nichts beweisbar (vgl. auch die Kritik von Staudinger/Lorenz § 817, 11; Medicus Gedächtnisschrift für Dietz S. 64; Bufe AcP 157, 221 f.; Honsell S. 14). Die Erstattung des objektiven Pachtwerts über §§ 987ff. BGB (so BGH aaO.) ist nur über die zweifelhafte Ablehnung des Eingreifens von § 817 Satz 2 BGB bei §§ 987ff. BGB zu gewinnen und führt zu einer Bevorzugung des Verpächters, wenn der Pachtzins schon geleistet ist (vgl. Honsell JZ 1975, 441 mwN.).

<sup>12</sup> Vgl. dazu genauer unten § 19 I 1.

<sup>13</sup> Vgl. z. B. oben §§ 8 II, 9 II, III, IV. Eine ähnliche Überlegung liegt dem Verhältnis der Sachmängelgewährleistung zu § 306 BGB zugrunde. Dort gehen die §§ 459ff. etc. BGB vor, um nicht den Kunden rechtlos zu stellen; vgl. z. B. BGH NJW 1980, 777, 779 mwN.

<sup>14</sup> Vgl. z. B. Erman/Brox § 139, 6.

b) Demgegenüber erweisen sich andere Vorschläge als nicht geeignet, den Schutz der schwächeren Partei sicherzustellen.

(1) Weil und soweit das Erfüllungsinteresse durch die Norm aufgrund ihres Schutzcharakters gewährleistet werden soll, kann namentlich der Rückgriff auf das Institut des einheitlichen Schutzverhältnisses nicht weiterhelfen. Zwar wird dadurch gerade bei nichtigen Verträgen eine über das Deliktsrecht hinausgehende Haftung begründet.<sup>15</sup> Diese deckt jedoch lediglich das Integritätsinteresse ab, die Durchführung des Vertrages hingegen kann damit nicht erzwungen werden.<sup>16</sup>

Auch eine Vertrauenshaftung kraft Erwirkung vermag nicht in allen Fällen zu zufriedenstellenden Ergebnissen zu führen. Sie bleibt insbesondere unzureichend, wenn der Übervorteilte die Sittenwidrigkeit des Geschäfts kennt, sich dennoch unter dem Druck der Umstände zum Abschluß gezwungen sieht. Zudem ist der Schutzcharakter des Gesetzes unabhängig davon, ob das Vertrauen manifestiert wurde – man denke insbesondere an einen Verstoß gegen Höchstpreisvorschriften.<sup>17</sup>

(2) Ebenso ist die bereicherungsrechtliche Abwicklung nicht hinlänglich geeignet, den gesetz- oder sittenwidrig Übervorteilten zu schützen. Damit lassen sich schon Leistungspflichten für die Zukunft nicht begründen.<sup>18</sup> Selbst wenn man ungeachtet der konstruktiven Bedenken dem durch eine ausdehnende Anwendung des § 817 Satz 2 BGB begegnen wollte – etwa in der Art, daß der sittenwidrig Handelnde gehindert sei, die Sittenwidrigkeit des Vertrages geltend zu machen –, so bleibt die Schwierigkeit, daß (vertragliche) Nebenpflichten nicht auf Bereicherungsrecht basieren können. Insbesondere würde das z. B. im Mietrecht vorgesehene abgestimmte Rechte- und Pflichtenverhältnis zwischen den Parteien nicht gelten; dennoch wäre nicht einsichtig, warum beispielsweise die Sachmängelhaftung des Vermieters nicht bestehen, umgekehrt bei Kenntnis des Mieters nicht entfallen sollte.<sup>19</sup>

c) In der gesetzeskonformen Auslegung des Rechtsgeschäfts liegt methodisch eine Parallele zu dem Gesichtspunkt der Lückenvermeidung bei der verfassungskonformen Auslegung, wenn auch – wie gezeigt – die Situation nicht vollständig vergleichbar ist und dort auch andere, zum Teil von der Rechtsprechung entwickelte, Instrumente zur Verfügung stehen.<sup>20</sup> Die Aufrechterhaltung ist gerechtfertigt, weil in solchen Fällen „verdünnter Freiheit“<sup>21</sup> die Richtigkeitschance des Vertrages wegen des Ungleichgewichts der Parteien nicht mehr unterstellt werden kann.<sup>22</sup> Der Ge-

<sup>15</sup> *Canaris* JZ 1965, 478 ff.; *ders.* VersR 1965, 116; *Thiele* JZ 1967, 654; *Gerhardt* JuS 1970, 598 f.; *Karsten Schmidt* JuS 1977, 722; *Esser/Schmidt* I 2 § 29 III (= S. 107); *Käßer* S. 99; *MünchKomm/Emmerich* vor § 275, 175; insoweit zustimmend auch *Larenz* I § 9 II; zweifelnd dagegen *Medicus* Rdn. 203.

<sup>16</sup> *Canaris* JZ 1965, 477; *Thiele* JZ 1967, 657; *MünchKomm/Emmerich* vor § 275, 175; *Hobloch* NJW 1979, 2374; *Käßer* S. 101.

<sup>17</sup> Vgl. § 12 II (insbes. 2.).

<sup>18</sup> Vgl. § 9 III 1 d.

<sup>19</sup> Vgl. § 12 I.

<sup>20</sup> Vgl. § 4 VI.

<sup>21</sup> *Bydlinski* S. 106.

<sup>22</sup> Vgl. *Sandrock* AcP 159, 494 f.; vgl. auch die davon abweichende Konstruktion von *Wolf* S. 288 ff., die jedoch auf der Beschränkung der Willenserklärung beruht, einer Argumentation,

setzgeber greift insoweit mit der Statuierung eines zwingenden Mindeststandards ein. Dies führt auf der anderen Seite dazu, daß die vorgesehenen Rechte nicht durch Totalnichtigkeit des Rechtsgeschäfts wiederum ausgehöhlt werden dürfen.

d) Der Meinung, die Feststellung des Schutzcharakters einer Vorschrift reiche nicht aus, um generell den restlichen Vertrag aufrechtzuerhalten,<sup>23</sup> kann nur bedingt zugestimmt werden. Es mag sein, daß sich die Teilnichtigkeit des Vertrages aus anderen Gründen – etwa wegen der Unzumutbarkeit für die dadurch benachteiligte Partei<sup>24</sup> – verbietet. Das heißt aber nicht, daß der Schutzcharakter der Vorschrift kein relevantes Abwägungskriterium abgäbe; im Einzelfall kann er lediglich zurücktreten. Es ist Ausdruck dieses Rechtsgedankens, daß die h. M. bei einem Verstoß gegen zwingende Schutznormen die Anwendung des § 139 BGB – wie er traditionell verstanden wird – von vornherein ablehnt,<sup>25</sup> wenn dies auch geeignet ist, die relevanten Gesichtspunkte eher zu verdunkeln.

e) Kein Gegenargument läßt sich aus der Regelung des § 1 a Abs. 3 AbzG ableiten. Zwar kommt nach dieser Norm der Vertrag bei Fehlen der Schriftform erst mit Übergabe der Sache zustande; daraus könnte immerhin zu schließen sein, der zumindest einseitige Vollzug des Vertrages sei Voraussetzung für seine gesetzeskonforme Aufrechterhaltung. § 1 a Abs. 3 AbzG ist aber schon deswegen kein Modellfall für die gesetzeskonforme Auslegung, weil hier gar keine gesetzeskonforme Fassung des Rechtsgeschäfts möglich ist. Der auf dem Fehlen der Schriftform basierende Gesetzesverstoß kann nicht durch eine Reduktion des Vertragsinhalts beseitigt werden.<sup>26</sup> Die Übergabe durch den Verkäufer und die Entgegennahme durch den Käufer sind vielmehr als Neuvernahme zu werten,<sup>27</sup> wenn auch zunächst noch das Widerrufsrecht des § 1 b Abs. 1 AbzG besteht.

Aus § 1 a Abs. 3 AbzG kann auch nicht der allgemeine Rechtsgedanke abgeleitet werden, die gesetzeskonforme Auslegung erfordere die Leistung zumindest gegen eine Partei.<sup>28</sup> Denn Zweck des § 1 a Abs. 3 AbzG wie auch der Heilungsvorschriften

der auch bei AGB durch § 2 Abs. 1 AGBG der Boden entzogen ist, vgl. dazu oben § 6 I 4 d; schon vorher konnte sie nur dort ihre Relevanz entfalten, was das Problem nicht erschöpft.

<sup>23</sup> Wolf S. 287. Die von Wolf zur Stützung herangezogene Rechtsprechung zu § 1822 Nr. 5 BGB (unter Hinweis auf *Sandrock* AcP 159, 407) überzeugt schon deswegen nicht, weil richtigerweise auch dort Teilnichtigkeit hätte angenommen werden müssen; vgl. oben § 10 I 2 b.

<sup>24</sup> Vgl. § 18 II 5. Die Aufrechterhaltung im Fall BGHZ 51, 55 ff. scheiterte an der mangelnden Vorregelung, so daß auch dieses Argument Wolfs nicht überzeugt.

<sup>25</sup> Vgl. oben § 14 Fn. 63.

<sup>26</sup> Vgl. auch schon oben § 18 I 3.

<sup>27</sup> BGH NJW 1977, 1632, 1633 („erneute Bekundung des Kaufentschlusses“); MünchKomm/H. P. Westermann AbzG § 1 a, 5. Palandt/Putzo AbzG § 1 a, 4 a cc, Erman/Weitnauer/Klingsporn AbzG 1 a, 14, RGRK/Kessler AbzG 1 a, 9, Weidner NJW 1970, 1780 sehen dies als Fall der Heilung wie §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2 BGB; das ist wegen der Modifizierung der Rechtsfolgen nicht ganz korrekt (MünchKomm/H. P. Westermann aaO.). Der Streit spielt allerdings im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle, da § 1 a Abs. 3 AbzG auch bei Einordnung als Heilungsvorschrift kein Fall der gesetzeskonformen Auslegung wäre.

<sup>28</sup> Vgl. aber die Stimmen in der Lehre, die bei Nichtigkeit einer Abrede, die nur eine Partei

ist es, trotz Nichtbeachtung des Formerfordernisses und der darin liegenden Warnfunktion den Vertrag wirksam werden zu lassen, wenn beispielsweise der Erwerber den Besitz an der Sache erlangt hat (und die Widerrufsfrist des § 1b AbzG hat verstreichen lassen) bzw. das Grundstück an ihn übereignet ist. In diesem Augenblick tritt das mit der Beurkundungspflicht angestrebte Ziel, vor Übereilung zu schützen, zurück; es überwiegt nunmehr das Interesse an der Rechtssicherheit.<sup>29</sup> Damit läßt sich die Situation nicht vergleichen, daß der Gesetzgeber durch die Statuierung zwingenden Rechts von vornherein der schwächeren Partei einen gewissen Mindeststandard garantieren will.<sup>30</sup>

f) Von den bisher besprochenen Fällen sind die Konstellationen zu unterscheiden, in denen das Gesetz zwar ebenfalls eine Partei schützen will, dieser Gesetzeszweck aber nicht die Aufrechterhaltung des Geschäfts fordert. Primär ist hier an Abreden zu denken, bei denen der sittenwidrigen oder verbotenen Leistung keine Gegenleistung gegenübersteht.<sup>31</sup> Hier verbietet zwar der Zweck des Gesetzes die Totalnichtigkeit nicht. Ob er sie erfordert, findet seine Parallele in der Frage, ob eine teilweise gesetzwidrige Nebenabrede reduziert werden kann bzw. ob die Gegenleistungspflicht völlig entfällt oder aber auf ein Durchschnittsmaß reduziert wird.<sup>32</sup> Im folgenden wird vom Schutzzweck nur gesprochen, wenn er die totale Verwerfung des Rechtsgeschäfts für den Regelfall verbietet.

2. a) Der Grundsatz der Teilnichtigkeit gilt jedenfalls, wenn eine Nebenabrede getroffen ist, die gegen eine zwingende Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts durch das Gesetz verstößt. § 6 Abs. 1 AGBG enthält insoweit einen verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken; entgegen einer teilweise vom BGH<sup>33</sup> geäußerten Ansicht gilt dieser auch bei individuellen Abreden. Wollte man aus dem einzigen Unterschied – nämlich dem Zustandekommen des Vertrages unter Zugrundelegung von AGB – Differenzierungen ableiten, so würde man verkennen, daß dem Schutzbedürfnis in beiden Fällen gleiches Gewicht zukommt.<sup>34</sup> Vom Interesse der schwächeren Partei an der Aufrechterhaltung des Vertrages her macht es in der Regel keinen Unter-

---

begünstigt, die Aufrechterhaltung des Vertrages nur postulieren, wenn er schon wenigstens einseitig durchgeführt sei, dazu oben § 10 II 2.

<sup>29</sup> Vgl. z. B. für § 313 Satz 2 BGB Münch/Komm/Kanzleiter § 313, 59; *Kanzleiter DNotZ* 1973, 523 f.; für § 1a Abs. 3 AbzG OLG Hamm NJW 1974, 1704; MünchKomm/H. P. Westermann AbzG § 1a, 6: Ist der Käufer (schon) im Besitz der Sache, so bedarf er des Schutzes des § 1a Abs. 1 AbzG nicht mehr.

<sup>30</sup> Zu dem Modellcharakter von § 1a AbzG für das Verhältnis zwischen Privatautonomie und zwingendem Recht vgl. unten § 19 I 1.

<sup>31</sup> Nicht ganz eindeutig ist, ob BGHZ 68, 204, 206 ff. einen solchen Fall betrifft. Immerhin sollten durch den sittenwidrigen Vertrag alle Schadensersatzansprüche abgegolten sein (vgl. Nr. 8 der Bedingungen, abgedruckt bei OLG Stuttgart JZ 1975, 272).

<sup>32</sup> Vgl. § 18 III.

<sup>33</sup> BGH WM 1977, 473, 476 (allerdings wohl obiter); ähnlich auch BGHZ 51, 55, 57 („vorwiegend für AGB“); a. A. *Palandt/Heinrichs* § 133, 5 e bb. BGH NJW 1976, 1975; 1979, 1406, 1407 betreffen Unterschiede nur hinsichtlich des Prüfungsmaßstabes, nicht der Rechtsfolgen.

<sup>34</sup> Einen ähnlichen Gedanken äußert jetzt auch BGH WM 1981, 516, 517, der betont, daß es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit aufgrund des Mißverhältnisses zwischen Leistung und



schied, ob die unzulässige Abdingung der Haftung des Schuldners durch AGB oder individualvertraglich vereinbart wurde. Die Unterschiede zwischen beiden Arten, Vertragsmodalitäten festzulegen, schlagen sich in der voneinander abgesetzten Strenge des Prüfungsmaßstabs nieder, rechtfertigen aber keine Differenzierung hinsichtlich der Rechtsfolge eines Verstoßes, was das Schicksal des restlichen Vertrages betrifft. Insbesondere würde die Schutznorm jedenfalls insoweit leerlaufen, als es um das Erfüllungsinteresse geht, wenn der Vertrag nicht aufrechterhalten bliebe.<sup>35</sup>

b) Dasselbe gilt grundsätzlich, wenn eine Hauptpflicht mit höherrangigem Recht kollidiert – etwa die Bindung zu lange währt oder das Verhältnis der synallagmatischen Pflichten anstößig ist. Auch und gerade hier wird wiederum deutlich, daß die ansonsten zur Verfügung stehenden Institute zum Schutz des gesetz- oder sittenwidrig Übervorteilten nicht ausreichen.<sup>36</sup> Die Gewährleistung des Erfüllungsinteresses, aber auch des gesetzlich vorgesehenen Rechte- und Pflichtenverhältnisses, kann nur durch die gesetzeskonforme Aufrechterhaltung bewirkt werden. Würde man beispielsweise aus der (nichtigen) Abdingung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages folgern, so wäre der Arbeitnehmer rechtlos gestellt. Auch den Bewucherten schützt Totalnichtigkeit und die Anwendung von § 817 Satz 2 BGB nicht für die vereinbarte Dauer; vielmehr würde ihm der Anspruch auf Belassung des Kapitals entzogen.<sup>37</sup> So zeigt denn auch die Rechtsprechung zu den Höchstpreisvorschriften und zum Mietwucher, daß sich eine solche Lösung nicht als praktisch undurchführbar erweist. Gegen theoretische Bedenken aufgrund des Wortlauts, insbesondere des § 138 Abs. 2 BGB, wurde schon Stellung bezogen.<sup>38</sup>

c) Kaum denkbar ist dagegen die Notwendigkeit, wegen des Schutzgedankens der Norm von zwei gleichzeitig vorgenommenen, miteinander verbundenen, ansonsten aber selbständig abschließbaren Rechtsgeschäften bei Nichtigkeit des einen das andere unbedingt bestehen zu lassen. Eine solche Wirkung des Verbotsgesetzes scheidet schon deshalb aus, weil und soweit die Verbindung der beiden Geschäfte vom

---

Gegenleistung nicht darauf ankomme, ob die in die Berechnung einzubeziehende Belastung durch AGB oder individuell vereinbart wurde. Der BGH stellt für das Schutzbedürfnis nicht darauf ab, ob der Vertrag unter Verwendung von AGB zustande gekommen ist.

<sup>35</sup> Vgl. zur beschränkten Funktion des § 139 BGB in derartigen Fällen schon § 10 I und § 14 III.

<sup>36</sup> Vgl. z. B. MünchKomm/Schwerdtner § 652, 156: Bei Verflechtung zwischen dem Makler und dem Dritten ist nur der auf den Provisionsanspruch gerichtete Teil des Vertrages nichtig, da die Schutznorm die Beschränkung der Nichtigkeit fordert, um nicht in ihr Gegenteil verkehrt zu werden. In diese Richtung tendiert entgegen Schwerdtner aaO. auch BGH NJW 1974, 137, wenn er davon spricht, daß der Maklervertrag bei wirtschaftlicher Verflechtung als nicht erfüllt anzusehen sei. Vgl. als weitere Beispiele die Normierung des § 2 Abs. 2 Nr. 2, 3 WoVermG (oben § 8 II 3 b bei Fn. 112) und die Entscheidungen zum gesetzwidrigen Anwalts-honorar (oben § 7 II 1); in beiden Fällen bleibt trotz der teilweisen Rechtswidrigkeit der Hauptpflicht der Vertrag im übrigen wegen des Normzwecks aufrechterhalten. – Vgl. auch die Regelung des Art. 10 § 3 Satz 2 MRVerbG. (vom 4. 11. 1971, BGBl. I S. 1745).

<sup>37</sup> Vgl. oben § 9 III 1 d.

<sup>38</sup> Vgl. oben § 14 II 2.

Gesetz nicht vorgesehen ist. Auch wenn etwa ein mit einem Kaufvertrag verbundener Wartungsvertrag nichtig sein sollte, so läßt sich keine Norm erkennen, deren Schutzcharakter die Aufrechterhaltung des Kaufvertrages erfordern würde; eine solche läge nur vor, wenn die die Nichtigkeit des Wartungsvertrags auslösende Norm das auf dem Kaufvertrag basierende Erfüllungsinteresse für eine Partei garantieren sollte.<sup>39</sup>

3. Die Frage verlagert sich damit auf die Problemstellung, in welchen Fällen der Schutzcharakter der Norm zu bejahen und damit das Rechtsgeschäft aufrechtzuerhalten ist. Das Gesetz hat den Zweck, die eine der beiden Parteien zu schützen, wenn an die Tatsache des Vertragsschlusses die – wenigstens partielle – Garantie des Erfüllungsinteresses geknüpft ist bzw. dieses Erfüllungsinteresse erweitert wird. Beispiel für die erste Fallgruppe ist § 276 Abs. 2 BGB, für die zweite der Anspruch des Arbeitnehmers auf bezahlten Urlaub.

a) Der Schutzcharakter kann mangels ausdrücklicher Normierung, wie sie etwa im AGBG erfolgte, nur durch Auslegung der betroffenen Norm ermittelt werden, ohne daß sich hier abstrakte Regeln erkennen lassen. Indizien sind die Anordnung im Gesetz, ein aus dem Vertrag resultierendes Recht sei nicht abdingbar (vgl. z. B. §§ 564b Abs. 6, 616 Abs. 2 Satz 1 BGB), Tatbestandsvoraussetzungen der Verbotsnorm, die auf typische Unterlegenheit einer Partei schließen lassen (vgl. z. B. „Unerfahrenheit“ in § 138 BGB)<sup>40</sup> oder zwingende Beschränkungen des einen Partners, sich übermäßige Rechte einräumen zu lassen (vgl. z. B. § 11 Nr. 1 AGBG).<sup>41</sup>

b) Schwierigkeiten tauchen insbesondere auf, wenn der Wortlaut der Norm an das Zustandekommen der Abrede bestimmte Anforderungen stellt. Relevant werden in diesem Zusammenhang freilich nur Vereinbarungen, die auch dem zu schützenden Partner Rechte einräumen. Bei Klauseln nur zugunsten der stärkeren Partei bleibt es bei der strengen Regel, daß eine den statuierten Erfordernissen nicht Rechnung tragende Abrede nichtig ist.<sup>42</sup>

Ein Beispiel für diese Frage ist § 74 Abs. 2 HGB. Wenn die h. M. hier im Widerspruch zu den Grundsätzen bei § 4 Abs. 2 AbzG ein vertragliches Wettbewerbsverbot ohne Vereinbarung einer Karenzentschädigung für nichtig erachtet und dem Handlungsgehilfen somit keinen Anspruch auf Entschädigung gibt,<sup>43</sup> so überzeugt das um so weniger, als bei § 74 Abs. 2 HGB im Unterschied zu § 4 Abs. 2 AbzG das Schutzbedürfnis des Handlungsgehilfen für eine Aufrechterhaltung spricht. Im Gegensatz dazu dient die Teilnichtigkeit einer gegen § 4 Abs. 2 AbzG verstoßenden Klausel nur den Interessen des Verkäufers.

<sup>39</sup> Vgl. dazu auch *Pawlowski* S. 183f. Der Unterschied in seinen beiden Darlehensfällen besteht darin, daß § 248 BGB im Gegensatz zu § 719 BGB gewisse Rechte des Schuldners garantieren will.

<sup>40</sup> Vgl. ähnlich *Bydlinski* S. 170, allerdings in einem etwas anderen Zusammenhang.

<sup>41</sup> Hierbei kann eine genaue Prüfung erforderlich sein, ob der Fall unter den Schutzcharakter der Norm fällt; vgl. z. B. BGHZ 71, 33, 39 zu Art. 10 § 3 Satz 2 MRVerbG.

<sup>42</sup> Vgl. soeben § 18 I 2 (§ 4 Abs. 2 AbzG).

<sup>43</sup> Vgl. oben § 8 I 2 c.

Im Fall von Wettbewerbsverboten, die entgegen § 74 Abs. 2 HGB keine Entschädigung vorsehen, geht es zudem nicht nur darum, die ungleiche Behandlung der Handlungsgehilfen gegenüber den Handlungsvertretern zu rechtfertigen,<sup>44</sup> sondern auch um die Legitimation einer Ausnahme von dem durchgängigen Prinzip, daß einen Mindestinhalt des Vertrages garantierende Normen lediglich Teilnichtigkeit des Vertrages implizieren. Neben einer Begründung des Unterschieds gegenüber dem Fall des § 90a Abs. 1 Satz 3 HGB wäre zu beweisen, daß und warum hier eine Ausnahme vom Grundsatz der Teilnichtigkeit angebracht ist. Es kommt hinzu, daß die Norm anerkanntermaßen bei der Auslegung des Rechtsgeschäfts zum Teil auch unabhängig von ihrem Wortlaut Relevanz entfaltet.<sup>45</sup> Selbst nach traditioneller Ansicht könnte die Vereinbarung einer Karenzentschädigung als Inhalt der Abrede im Wege der ergänzenden Auslegung ermittelt werden. Setzt nämlich ein wirksames Wettbewerbsverbot eine entsprechende Entschädigung voraus, so läßt sich davon sprechen, daß nach den im Vertrag angelegten Intentionen Entschädigung geschuldet ist, soll der angestrebte wirtschaftliche Erfolg erreicht werden.

c) Das Gesetz kann seinem Schutzgedanken nach auch oder sogar primär anderen Zwecken dienen; das bleibt irrelevant, solange es *auch* eine Partei schützen soll. Art. 48 Abs. 2 Satz 1 GG entfaltet beispielsweise seinen Schutzcharakter auch zugunsten des Abgeordneten.<sup>46</sup> Die Anwendung des § 138 BGB bei der Konkurrenz zwischen Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt dient sicher auch dem Vorbehaltsverkäufer; sie soll jedoch darüber hinaus den Zedenten davor bewahren, vertragsbrüchig und damit schadensersatzpflichtig zu werden.<sup>47</sup>

4. Bei einseitigen Rechtsgeschäften sind die bisherigen Überlegungen deswegen nicht einschlägig, weil ihre Nichtigkeit keine Lücke zu Lasten des Gegners bewirkt. Allerdings kann sich aus dem Gesetz ergeben, daß dem Geschäft möglichst weitgehend zur Gültigkeit verholfen werden soll. Eine solche ratio legis läßt sich insbesondere dem Erbrecht entnehmen, jedenfalls soweit es um Testamente geht;<sup>48</sup> die §§ 2084f. BGB sind Anhaltspunkte für eine so umfassende Verwirklichung des Willens des Erblassers, wie sie das Gesetz zuläßt.

5. Freilich kommen Ausnahmen von den geschilderten Grundsätzen in Betracht. Wenn und soweit die Reduktion für die durch die nichtige Abrede begünstigte

<sup>44</sup> Nur darauf stellt BAG AP Nr. 32, 36 zu § 74 HGB ab.

<sup>45</sup> Vgl. oben § 13 IV 3 und BAG AP Nr. 35 zu § 74 HGB (dazu § 8 I 2 c mit Fn. 89), wo das BAG die Generalverweisung auf §§ 74 ff. HGB als Vereinbarung einer Karenzentschädigung auffaßt.

<sup>46</sup> Vgl. oben § 8 II 2 b mit Fn. 101.

<sup>47</sup> Umgekehrt heißt das auch, daß eine Norm, die (zunächst) den Vertragspartner schützen soll, auch den Interessen Dritter dienen kann. Beispiel dafür ist die Kontrolle der Globalzession anhand § 9 Abs. 1 AGBG. In der Verleitung zum Vertragsbruch ist eine unangemessene Benachteiligung des Zedenten zu sehen; reflexartig sind dadurch auch die weiteren Gläubiger geschützt. Entgegen manchen Stimmen in der Literatur (vgl. z. B. *Canaris* NJW 1981, 254; *Meyer-Cording* NJW 1979, 2130) ist daher § 9 Abs. 1 AGBG auch einschlägig, soweit es um die Konkurrenz mehrerer Vorauszessionen geht, vgl. *Wolf* Festschrift für Baur S. 153 ff.

<sup>48</sup> Vgl. auch § 14 Fn. 12. – Vgl. auch § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB, wo die Teilnichtigkeit ausdrücklich vorgesehen ist.

Partei unzumutbar ist, ist der Vertrag zur Gänze nichtig. Für AGB ist dieses Ergebnis in § 6 Abs. 3 AGBG ausdrücklich kodifiziert. Es gilt aber mit einem Erst-Recht-Schluß auch bei Individualvereinbarungen. Ist schon eine Ausnahme vom Prinzip der Teilnichtigkeit bei AGB zu machen, falls das Festhalten z. B. für den Verwender unzumutbar ist, so darf man auch und gerade bei Individualvereinbarungen nicht anders entscheiden. Zwar ist auch bei diesen vom Grundsatz der Aufrechterhaltung auszugehen, der durch die nichtige Abrede Benachteiligte verdient jedoch bei Unzumutbarkeit des Restes für den anderen Teil keinen weitergehenden Schutz als der Kunde eines AGB-Verwenders.

a) Im Zusammenhang mit der Frage der Unzumutbarkeit kann die Gut- oder Bösgläubigkeit des Verwenders relevant werden. Weiß dieser, daß er (teilweise) gesetzwidrige AGB aufgestellt hat oder daß ein (partieller) Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, so bedeutet das Festhalten am Vertrag für ihn keine unzumutbare Härte.<sup>49</sup> Insoweit hat der Gedanke durchaus seine Berechtigung, mit dem die h. M. die Teilnichtigkeit im Rahmen des § 139 BGB bejaht, wenn der partielle Gesetzesverstoß bei Vertragsschluß bekannt ist.<sup>50</sup> Deshalb vermag es jedenfalls bei dieser Problemkonstellation nicht zu überzeugen, wenn eine Umdeutung abgelehnt wird, falls die Parteien die teilweise Nichtigkeit des von ihnen vorgenommenen Rechtsgeschäfts kannten.<sup>51</sup> Insbesondere kann man wohl nur schwerlich ein Argument finden, das es erlauben würde, eine Partei entgegen der Intention des Gesetzes rechtlos zu stellen.

Das Ergebnis läßt sich auch begründen mit dem Rechtsgedanken von § 116 Satz 1 BGB. Zwar ist die Norm nicht direkt anwendbar, weil im Gegensatz zu der dort geregelten Frage hier der Verwender die rechtsgeschäftliche Bindung intendiert, allerdings in der Hoffnung, die Nichtigkeit der Abrede werde nicht erkannt oder jedenfalls nicht geltend gemacht. Jedoch paßt ihr Rechtsgedanke auch hier; der Erklärende kann sich nicht insgeheim vorbehalten, die Rechtsfolge seiner Erklärung nicht anerkennen zu wollen.<sup>52, 53</sup>

<sup>49</sup> Ansätze in dieser Richtung bei *Ulmer* § 6, 33; *Staudinger/Schlosser* § 6, 22; sie gehen implizit davon aus, daß sich der Aufsteller der Rechtswidrigkeit nicht bewußt sein darf, wenn § 6 Abs. 3 AGBG vorliegen soll; im Ergebnis so auch *Löwe* § 6, 12; *Dietlein/Rebmann* § 6, 6.

<sup>50</sup> Vgl. oben § 10 II 3 mit Fn. 32.

<sup>51</sup> Vgl. oben § 11 II 2 mit Fn. 38 und 39.

<sup>52</sup> Vgl. *MünchKomm/Kramer* § 116, 1; *Soergel/Hefermehl* § 116, 1; *Larenz AT* § 20 Ia.

<sup>53</sup> Dagegen scheidet eine Anwendung des Rechtsgedankens des § 116 Satz 2 BGB aus, wenn auch der Kunde die Teilnichtigkeit kennt; daraus kann jedenfalls nicht Totalnichtigkeit abgeleitet werden. Zum einen ist die Vorschrift rechtspolitisch ohnehin fragwürdig (vgl. z. B. *MünchKomm/Kramer* § 116, 12f.; *Soergel/Hefermehl* § 116, 2; *Larenz AT* § 20 Ia; *ders. Auslegung* S. 89; *Bydlinski* S. 113 mit Fn. 294; a. A. *Flume* II § 20 1; *Pohl AcP* 177, 62), was gegen ihre ausdehnende Anwendung spricht. Zum anderen müßte der Kunde nicht nur die Teilnichtigkeit kennen, sondern auch wissen, daß der Verwender nach ihrer Aufdeckung Unzumutbarkeit geltend machen wird. Auch für diesen seltenen Fall ist aber eine Heranziehung des Rechtsgedankens abzulehnen, weil auch dann der Kunde auf die Wirksamkeit des Erfüllungszwangs vertrauen darf (vgl. dazu *Larenz AT* § 20 Ia).

An die Kenntnis ist dabei vom Zweck des AGBG her ein strenger Maßstab anzulegen. Dem Verwender ist es in aller Regel verwehrt, sich darauf zu berufen, er habe gesetzlich niedergelegte Klauselverbote oder einen offensichtlichen Verstoß gegen § 9 AGBG nicht gekannt. Wer für sich in Anspruch nimmt, ein Klauselwerk zu stellen, hat eine entsprechende Informationspflicht zumindest bezüglich der ausdrücklich kodifizierten Vorschriften.<sup>54</sup>

Die genannten Grundsätze gelten entsprechend bei Verstoß einer Individualabrede gegen das Gesetz, auch soweit eine Hauptpflicht betroffen ist. Die Informationspflicht wird freilich in diesen Fällen weniger streng zu fassen sein, insbesondere was Kodifizierungen in Nebengesetzen angeht.

b) Die wichtigsten Fragen in diesem Zusammenhang kreisen um das Problem, ob und ab welcher Intensität die Verschiebung der Äquivalenz zur Unzumutbarkeit führt. Hier werden Überlegungen fruchtbar, die die h. M. bei § 139 BGB ansiedelt.<sup>55</sup> Sie gelten aber nicht nur dort, sondern grundsätzlich.

(1) So ist es jedenfalls ohne Einfluß auf den Gesamtvertrag, wenn die nichtige Klausel irrelevant bleibt und sie nicht mit einer Gegenleistung gekoppelt ist. Ist beispielsweise ein Haftungsausschluß bei der Abwicklung eines Vertrages nicht zum Tragen gekommen, so kann die Nichtigkeit dieser Abrede für keine Partei zur Unzumutbarkeit des gesamten Rechtsgeschäfts führen, da die im Vertrag vorausgesetzte Äquivalenz unverändert bleibt.

(2) Der durch die Nichtigkeit der Abrede Begünstigte wird in aller Regel<sup>55a</sup> kein schützenswertes Interesse haben, daß durch Nichtigerklärung des Vertrages der Störung der Äquivalenz Rechnung getragen wird. Das entspricht dem Gesichtspunkt, die durch die partielle Nichtigkeit begünstigte Partei sei mit der Reduzierung „vernünftigerweise“ einverstanden.<sup>56</sup> Unter diesem Aspekt erweist es sich als unnötig, de lege ferenda für den Bewucherten ein Wahlrecht zwischen der Aufrechterhaltung zu einer angemessenen Gegenleistung und Totalnichtigkeit zu fordern.<sup>57</sup> Besteht die Übervorteilung des Vertragspartners nicht nur in der Vereinbarung des wucherischen Preises, sondern hat die Ausnützung seiner Schwäche zum Abschluß überhaupt geführt,<sup>58</sup> so liegt bereits darin ein Verstoß gegen § 138 BGB, der eine sittenkonforme Aufrechterhaltung jedenfalls im hier besprochenen Rahmen ausschließt. Sollte trotz der Möglichkeit einer sittenkonformen Fassung das Festhalten am Vertrag für die übervorteilte Partei im Ausnahmefall nicht zumutbar sein, so

<sup>54</sup> Vgl. MünchKomm/Kötz AGBG § 6, 12; ders. NJW 1979, 789; Larenz AT § 29a III, die alle Kenntnis mit dem Fall gleichbehandeln, daß sich der Verwender der Kenntnis bewußt verschlossen hat. Die Erörterungen stehen zwar in einem anderen Zusammenhang, nämlich der Frage, ob Teil- oder Totalnichtigkeit einzelner AGB-Klauseln eintritt, die grundsätzliche Problematik entspricht sich jedoch.

<sup>55</sup> Vgl. oben § 10 III 2.

<sup>55a</sup> Anders kann es sein, wenn ausnahmsweise auch eine Korrektur der Leistungspflicht der schutzwürdigen Partei angezeigt ist, vgl. unten § 18 II 5b (3) (d).

<sup>56</sup> Vgl. oben § 10 III 2 und insbes. Lindacher AcP 173, 133.

<sup>57</sup> So aber Rühle S. 64, 70f. mwN.

<sup>58</sup> So das Argument von Rühle S. 64.

kann diesem Ausnahmefall durch das Recht zur außerordentlichen Kündigung Rechnung getragen werden.<sup>59</sup>

(3) Zur Ermittlung des Interesses des gesetz- oder sittenwidrig Handelnden ist ein Vergleich zwischen dem reduzierten Geschäft und der Totalnichtigkeit zu ziehen.<sup>60</sup> Dieser allerdings könnte in vielen Fällen zur Totalnichtigkeit führen.<sup>61</sup> Hier kollidiert das Äquivalenzinteresse mit dem Schutzgedanken der Norm; diese Kollision läßt nicht nur eine Berücksichtigung der Interessen der überlegenen Partei nicht ungeprüft zu, sondern schließt sie im Regelfall sogar aus. Zudem läßt sich zeigen, daß die Verschiebung der Äquivalenz in vielen Fällen im Gesetz wurzelt, ohne daß dies zur Beseitigung der Bindung führt. Eine differenzierte Sicht ist daher geboten.

(a) Von vornherein scheint der Grundsatz, das gesetzeskonforme Geschäft dürfe nicht über das ursprünglich vereinbarte hinausgehen und zu einer Erweiterung des Vertragsgegenstandes führen, einer Reduktion im Wege zu stehen. Dieses vorwiegend im Rahmen der Umdeutung<sup>62</sup> und ergänzenden Auslegung<sup>63</sup> gebrauchte Argument ist in der Regel zutreffend, soweit es um die durch die nichtige Abrede benachteiligte Partei geht.<sup>64</sup> Es hätte freilich auch zur Folge, daß die mit der Verschiebung zuungunsten der durch die nichtige Abrede bevorzugten Partei einhergehende Erweiterung des Vertragsgegenstandes von dieser nicht hingenommen werden müßte. Ein Arbeitgeber könnte beispielsweise geltend machen, die in der Nichtigkeit der Abdingung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall liegende Vermehrung seiner Pflichten führe zum Entfallen des Gesamtvertrages. Der geschilderte Grundsatz erkennt aber, daß jede ergänzende Auslegung eine Erweiterung des Vertragsgegenstands impliziert, ohne daß deswegen durchgreifende Bedenken gegen dieses Institut bestünden.<sup>65</sup> Dasselbe läßt sich nachweisen für die erläuternde, insbesondere einschränkende Auslegung, Teilnichtigkeitsklärung, Umdeutung und für institutionelle Schranken.<sup>66</sup> Jede Konkretisierung der Rechtslage durch die genannten Vorgehensweisen bedeutet eine – wenn auch teilweise marginale – Tangierung der Äquivalenz; trotzdem führt dies nicht notwendig zur Totalnichtigkeit.

(b) Es ist immanente Folge des Eingreifens von dispositivem wie zwingendem Recht bei der Ergänzung des Rechtsgeschäfts, daß den Parteien Rechte zugesprochen und Pflichten aufgebürdet werden, die das Verhältnis der beiden Lei-

<sup>59</sup> Vgl. BGHZ 29, 171, 172; 41, 104, 108; BGH BB 1973, 819; NJW 1978, 947, 948; 1981, 1264, 1265; *Dietlein/Rebmann* § 6, 6.

<sup>60</sup> *Lindacher* AcP 173, 133.

<sup>61</sup> Vgl. *Zimmermann* S. 81; die anderslautende Ansicht *Lindachers* AcP 173, 133 erklärt sich daraus, daß er die Aufrechterhaltung des Vertrages in seinen Beispielen in den meisten Fällen unausgesprochen voraussetzt.

<sup>62</sup> Vgl. oben § 11 III 2.

<sup>63</sup> Vgl. z. B. RGZ 87, 211, 217f.; 129, 80, 88; 136, 178, 185; BGHZ 9, 273, 278; 40, 91, 103; BGH WM 1966, 1104, 1105; MünchKomm/Mayer-Maly § 157, 49; *Soergel/Knopp* § 157, 116; *Larenz* AT § 29 I; *Flume* II § 16 4a.

<sup>64</sup> Vgl. oben §§ 10 III 2; 11 III 2.

<sup>65</sup> *Larenz, Flume* wie Fn. 63.

<sup>66</sup> Vgl. die Beispiele oben §§ 6 I 2, 7, 8 II, 9 II, III, IV.

stungspflichten berühren, ohne daß sie Bestandteil der Willenserklärung sind. Wer einen Kaufvertrag schließt, haftet grundsätzlich für verschuldete Unmöglichkeit, ohne sich darauf berufen zu können, er hätte unter Berücksichtigung dieser Haftung nicht zu diesem Preis oder zu diesen Konditionen abgeschlossen. Schon deshalb ist es nicht richtig, den synallagmatischen Vertrag als funktionelle Einheit mit einem genau abgestimmten Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu sehen und bei jeder Verschiebung der einen auch die Moderation der anderen zu fordern.<sup>67</sup>

(c) Besteht der Verstoß gegen die guten Sitten gerade im Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, so kann sich in der Regel aus der Beeinträchtigung der vom Vertrag vorgesehenen Äquivalenz keine Unzumutbarkeit ergeben.<sup>68</sup> Das gilt jedenfalls dann, wenn man die Reduktion auf das eben noch mit den guten Sitten vereinbare Maß beschränkt; grundsätzlich kann sich niemand darauf berufen, es sei für ihn unzumutbar, zu anderen als zu wucherischen Bedingungen abzuschließen.<sup>69</sup>

(d) Anders ist es freilich, wenn man bei einem Verstoß gegen § 138 BGB auf das Durchschnittsmaß reduziert<sup>70</sup> oder der Gesetzgeber Höchstpreise vorgeschrieben hat; diese werden in aller Regel niedriger sein als das nach § 138 BGB eben noch akzeptable Maß. Hier steht der Unzumutbarkeit im erstgenannten Fall zwar meist entgegen, daß der sittenwidrig Handelnde nach den oben geschilderten Grundsätzen als bösgläubig zu behandeln und daher an seinen Vertrag gebunden ist. Das muß bei einem Verstoß gegen Höchstpreisvorschriften keineswegs in gleicher Weise gelten. In solchen Fällen wird einmal relevant, welche Art von Gütern verkauft wurde. Bei Gutgläubigkeit des Verkäufers eines Grundstücks ist Unzumutbarkeit eher zu bejahen als bei der Veräußerung sonstiger Anlagegüter, deren Hortung gerade verhindert werden soll. Des weiteren kann eine Rolle spielen, ob es um eine Veräußerung im Rahmen eines Gewerbebetriebs geht<sup>71</sup> oder ein privater Verkäufer das Geschäft getätigt hat;<sup>72</sup> für beide stellt sich die Frage der Unzumutbarkeit in verschiedener Weise.<sup>73</sup>

In besonders gelagerten Fällen – etwa bei einer die Frist des § 1822 Nr. 5 BGB übersteigenden Laufzeit eines Lebensversicherungsvertrags mit einem Minderjähri-

---

<sup>67</sup> So aber *Zimmermann* S. 53.

<sup>68</sup> Vgl. aber RGZ 88, 250, 254 und 89, 196, 199 (dazu oben § 8 II 3c mit Fn. 122), das bei Sittenwidrigkeit Totalnichtigkeit annimmt und daher zu einem entgegengesetzten Ergebnis kommt.

<sup>69</sup> Schon deshalb geht der Einwand *Zimmermanns* S. 53 fehl, aufgrund der Moderation der Leistungspflicht müsse auch die Gegenleistungspflicht abgeändert werden. Der Sittenverstoß besteht ja gerade in der Disparität; die Modifizierung auch der Gegenleistungspflicht würde so zu einem wiederum sittenwidrigen Verhältnis führen.

<sup>70</sup> Vgl. dazu unten § 20 III.

<sup>71</sup> Vgl. LG Münster MDR 1949, 680: Aufrechterhaltung; fraglich daher BGH LM Nr. 8 zu § 134 BGB, der anstatt auf Unzumutbarkeit für den Verpächter auf die Bedürfnisse der Bevölkerung abstellt.

<sup>72</sup> Vgl. OLG Hamburg NJW 1948, 625: Nichtigkeit; dem Ergebnis im konkreten Fall kann allerdings wegen Bösgläubigkeit des Verkäufers nicht zugestimmt werden.

<sup>73</sup> Deshalb ist die Meinung *Rincks* AcP 152, 500 abzulehnen, der eine Differenzierung nach Art des Geschäfts verwirft.

gen – kann dabei die Unzumutbarkeit einer einseitigen Reduzierung der Rechte des Versicherers auch zu einer Anpassung der Ansprüche des zu schützenden Vertragspartners führen. So ist im Beispiel seine Versicherungssumme der verkürzten Laufzeit anzupassen. Dem wiederum kann entgegenstehen, daß der Versicherungsnehmer seiner hypothetischen Willensrichtung nach den Vertrag nur für die vereinbarte Laufzeit und die entsprechende Versicherungssumme gewollt hatte. In *seinem* Interesse können also die Grundsätze des § 139 BGB – wie er von der h. M. verstanden wird – anzuwenden sein.<sup>73a</sup>

(e) Gesetz- oder sittenwidrige Nebenbestimmungen sind nicht nur als nichtig anzusehen, wenn sie ein grobes Mißverhältnis der beiderseitigen Pflichten begründen. Oft liegt der Grund in der einseitigen Verschiebung des Risikos auf eine Partei. Das ergibt sich schon daraus, daß solche Klauseln jedenfalls nicht immer durch niedrigere Preise gerechtfertigt werden können.<sup>74</sup> Die Beachtung der Verschiebung der Äquivalenz ist demzufolge im Gegensatz zu den oben (c) genannten Fällen nicht von vornherein ausgeschlossen – etwa wenn eine in der Kalkulation berücksichtigte Haftungserleichterung sich als rechtswidrig erweist.<sup>75</sup>

Eine Nachforderung wegen der Nichtigkeit der Klausel verbietet sich hier von selbst. Das ist ohne weiteres einsichtig bei der Verwendung von AGB, da zum Ausgleich der Fehlkalkulation alle Vertragspartner zur Nachleistung herangezogen werden müßten.<sup>76</sup> Gerade hier aber steht dem Interesse des Verwenders an der Nichtigkeit des Vertrages das Erfüllungsinteresse des Kunden entgegen. Unter Berücksichtigung des Zwecks des AGBG ist Unzumutbarkeit somit nur in seltenen Ausnahmefällen zu bejahen, wenn etwa der bezüglich des Verstoßes gegen höher-rangiges Recht gutgläubige Verwender im Vertrauen auf die Gültigkeit der Klausel bedeutend billiger angeboten hat, als es sonst geschehen wäre.

Grundsätzlich dasselbe gilt auch bei individuell vereinbarten Nebenabreden. Auch hier kommt in aller Regel eine Nachforderung nicht in Betracht, um die Kalkulation auszugleichen; diese fällt in den Risikobereich des durch die rechtswidrige Abrede Begünstigten. Totalnichtigkeit kann auch hier nur eintreten, wenn ausnahmsweise die Zumutbarkeit der Aufrechterhaltung zu verneinen ist. Eine andere Beurteilung kann angezeigt sein, wenn die Gesamtumstände ergeben, daß die Abdingung nicht Folge der einseitigen Überlegenheit einer Partei ist, etwa wenn

<sup>73a</sup> Vgl. § 10 I 2b.

<sup>74</sup> BGHZ 22, 90, 98; 33, 216, 219; BGH NJW 1973, 1192, 1193; 1980, 1953, 1954; *Graba* § 9, 54; *Löwe* § 9, 33; *ders.* Festschrift für Larenz S. 400f.; *Staudinger/Schlosser* § 9, 33; *Wolf* JZ 1974, 467; *ders.* S. 33f. mwN. BGHZ 16, 216, 220 und BGH NJW 1968, 1718, 1719 bringen Ausnahmen von diesem Grundsatz nur für speziell gelagerte Fälle; aus ihnen kann nicht geschlossen werden, daß mit einem geringeren Preis jede Form unbilliger Klauseln gerechtfertigt werden könnte. Die Beachtung des Preisarguments ist nur möglich in den Fällen offen angebotener (freier) Tarifwahl, vgl. dazu *Wolf* S. 188f.; *Brandner* § 9, 72 mwN.; BGH NJW 1981, 1211.

<sup>75</sup> *Palandt/Heinrichs* AGBG § 6, 4a; *Staudinger/Schlosser* § 6, 22; *Ulmer* § 6, 33; *Löwe* § 6, 12; a. A. MünchKomm/Kötz AGBG § 6, 21.

<sup>76</sup> Vgl. schon *Raiser* S. 325.



dem Partner seinerseits weiter gehende Rechte eingeräumt wurden, als das dispositive Recht sie für ihn vorsieht. In einem solchen Ausnahmefall kann sogar die Wiederherstellung der vertraglich vorgesehenen Äquivalenz durch eine Nachforderung möglich sein.<sup>77</sup> Auch diese kann freilich wiederum an dem hypothetischen Willen des schutzbedürftigen Teils scheitern.

c) Betrachtet man die herausgearbeiteten Kriterien – Gutgläubigkeit des durch die nichtige Abrede Begünstigten, relevante Verschiebung der Äquivalenz – so zeigt sich, daß die Regeln der Totalnichtigkeit wegen Unzumutbarkeit trotz Vorliegens eines Gesetzes, dessen Zweck die Aufrechterhaltung des Geschäfts fordert, mit den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage übereinstimmen.<sup>78</sup> § 6 Abs. 3 AGBG ist also ein Sonderfall dieses Instituts.<sup>79</sup> Die Parteien, insbesondere die durch die nichtige Abrede begünstigte, müssen die Gültigkeit bei Vertragsschluß vorausgesetzt haben – somit ist die Aufrechterhaltung nicht unzumutbar, wenn die Nichtigkeit bekannt war.<sup>80</sup> Die Wirksamkeit der betreffenden Vereinbarung muß für die Partei so wichtig gewesen sein, daß sie den Vertrag nicht zu diesen Konditionen abgeschlossen hätte. Die andere Partei hätte sich redlicherweise darauf einlassen müssen;<sup>81</sup> hier ist vor allem zu berücksichtigen, daß derjenige, der durch die nichtige Abrede begünstigt wird, in aller Regel das Risiko trägt. In Einzelfällen kann es zur Anpassung des Vertrages oder der Klausel kommen, soweit nicht der (hypothetische) Wille der schutzwürdigen Partei entgegensteht. Gerade das zeigt aber auch, daß in die Abwägung alle Besonderheiten des Einzelfalls Eingang finden; insbesondere kommt es auf den Grad der Schutzbedürftigkeit des schwächeren Teils wie andererseits auf die Größe der Belastung des gesetzwidrig Handelnden durch die Nichtigkeit der Abrede an.

### III. Der Präventions- und Sanktionsgedanke

Umgekehrt könnte aus dem Telos des zwingenden Rechts auch abzuleiten sein, daß trotz der Möglichkeit einer Reduzierung der Präventions- oder der Sanktionsgedanke die Nichtigkeit des Geschäfts oder der Klausel auch bei teilweiser Kollision mit höherrangigem Recht erfordert – etwa wenn der begünstigte Teil bewußt gegen ein Verbotsgesetz verstoßen hat.<sup>82</sup> Für die Darstellung ist hierbei zu differenzieren

<sup>77</sup> Das könnte je nach den konkreten Umständen z. B. möglich sein im Fall BGHZ 43, 384, 387 (Art. 48 Abs. 2 GG); vgl. dazu oben § 8 II 2b Fn. 102.

<sup>78</sup> In diese Richtung auch Löwe § 6, 12; Dietlein/Rebmann § 6, 6.

<sup>79</sup> Vgl. auch Bydlinski S. 104, Larenz I § 21 II, die darauf hinweisen, daß die Grundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ein Instrument zur Aufrechterhaltung der Äquivalenz sind.

<sup>80</sup> Vgl. auch BGH NJW 1978, 2390, 2391.

<sup>81</sup> Vgl. zur Definition der Geschäftsgrundlage statt aller Medicus Rdn. 165; Enneccerus/Lehmann § 41 II 4 jeweils mwN.; vgl. auch die Differenzierungen innerhalb der Zumutbarkeit, dazu statt aller MünchKomm/Roth § 242, 490, 494 ff.

<sup>82</sup> So z. B. Lindacher AcP 173, 125 mit dem Argument, es dürfe nicht ohne Not auf Kosten der Effizienz des Rechts ein Graben zwischen Zivil- und Strafrecht ausgehoben werden.

zwischen Normen, die dem Schutz einer Partei dienen, und solchen, die andere Rechtsgüter betreffen.

1. a) Wendet man sich Vorschriften zu, die die Interessen einer Partei im Auge haben, so erweist sich der Gesichtspunkt einer Prävention oder Sanktion von vornherein als wenig tragfähig, soweit es um die Wirksamkeit des Geschäfts als *Ganzes* geht. Der Schutzcharakter fordert gerade die Aufrechterhaltung; Totalnichtigkeit würde diesem Zweck zuwiderlaufen.<sup>83</sup>

b) (1) Es bleibt die Frage, ob der *Präventionsgedanke* dazu führt, daß bei partiellem Verstoß einer Klausel gegen das Gesetz oder die guten Sitten diese gänzlich der Nichtigkeit verfällt, sowie – in der Problemstellung parallel – ob die Gegenleistungspflicht total entfällt, wenn sie in teilweiser Kollision mit dem Gesetz oder den guten Sitten steht. Ersteres entspricht der h. M. beim AGBG,<sup>84</sup> letzteres wird zumindest von der Rechtsprechung zum Problem der Vergütungspflicht des Bewucherten beim Darlehen vertreten,<sup>85</sup> anders entscheidet die Judikatur allerdings beispielsweise bei der Wuchermiete<sup>86</sup> oder bei einer Verletzung von Höchstpreisvorschriften.<sup>87</sup>

(a) Verstößt die Hauptpflicht gegen höherrangiges Recht, so vermag der Präventionsgedanke nicht zu überzeugen. Die h. M., die eine Vergütungspflicht des Bewucherten verneint, beruht auf einem falschen dogmatischen Ansatz; § 817 Satz 2 BGB eröffnet dem in sittenwidriger Weise Übervorteilten nicht die Befugnis, die Valuta so lange zu behalten, wie es zwischen den Parteien vereinbart war.<sup>88</sup> Kann diese Norm schon hier nicht zu zufriedenstellenden Ergebnissen führen, so verbietet es sich ebenso, aus ihr bezüglich der Gegenleistungspflicht Folgerungen für die gesetzeskonforme Auslegung zu ziehen. Dies gilt auch deswegen, weil die § 817 Satz 2 BGB zugrundeliegenden Rechtsgedanken, insbesondere der der Rechtsschutzverweigerung,<sup>89</sup> hier nicht passen. Ziel ist es nicht, daß sich die Rechtsordnung wie bei § 817 Satz 2 BGB jeglicher Intervention enthält; sie soll vielmehr die Durchsetzung des zwingenden Rechts gewährleisten.

Geradezu gesetzwidrige Resultate könnte der Präventionsgedanke mit sich bringen, wenn fixe Tarife vorgesehen sind, wie dies im Versicherungsrecht der Fall ist. Dem aufgrund des Schutzbedürfnisses des Versicherungsnehmers durch Aufrechterhaltung des Vertrages zu gewährenden Versicherungsschutz stünde keine Prämienvpflicht gegenüber; das widerspräche schon dem Normcharakter dieser Tarife.<sup>90</sup>

<sup>83</sup> Abzulehnen ist daher z. B. *Lindacher* AcP 173, 130, wenn er die Totalnichtigkeit des Wucherdarlehens befürwortet, vgl. schon oben § 12 III.

<sup>84</sup> Vgl. oben § 8 I 1 a.

<sup>85</sup> Vgl. oben § 9 III 1 c.

<sup>86</sup> Vgl. oben § 9 III 2.

<sup>87</sup> Vgl. oben § 8 II 2 c; die Rechtsprechung nimmt allerdings Totalnichtigkeit an, wenn beide Parteien den Verstoß kannten, vgl. aaO. mit Fn. 121.

<sup>88</sup> Vgl. oben § 9 III 1 d.

<sup>89</sup> Vgl. den Überblick bei *Staudinger/Lorenz* § 817, 4 f.

<sup>90</sup> Die Tarife sind zwar AGB im weiteren Sinn (*Asmus* Festschrift für Möller S. 15), sie werden aber durch Verordnung festgelegt (*Prölss/Martin* vor AKB, 3); es läge insoweit also ein Widerspruch zu einer Verordnung vor.

Insbesondere hätte das zur Folge, daß die Solidargemeinschaft – und nicht nur der Versicherte – mit dem Risiko belastet würde, obwohl der Versicherungsnehmer seinerseits keine Leistungen zu erbringen hätte.

Der Wegfall der Gegenleistungspflicht würde beispielsweise auch im Fall des § 8 Abs. 2 WoBindG einen Verstoß gegen zwingendes Recht bedeuten. Darüber hinaus läßt sich gerade an solchen preisrechtlichen Vorschriften zeigen, daß der Präventionsgedanke auch bei bewußtem Verstoß gegen höherrangiges Recht die Proportionalität der Rechtsfolgen nicht beachten würde. Unabhängig vom Ausmaß des Verstoßes bestünde zwar die Pflicht zur Übereignung und/oder Verschaffung des Besitzes, die Gegenleistungspflicht entfiel aber stets.<sup>91</sup> Auch der Präventionsgedanke dürfte jedoch die Verhältnismäßigkeit der Rechtsfolgen nicht außer Betracht lassen.<sup>92</sup> Das Ergebnis entspricht der Ansicht der herrschenden Literatur zur Vergütungspflicht des Bewucherten, wenn auch deren dogmatische Begründung nicht zu überzeugen vermag.<sup>93</sup>

(b) Zu dem Parallelproblem bei teilweise rechtswidrigen Nebenabreden bzw. einseitig verpflichtenden Verträgen läßt sich in dieser Frage kein prinzipieller Unterschied feststellen. Insbesondere gelangt in Fällen, in denen kein dispositives Recht zur Verfügung steht, das zwingende Recht vielmehr nur einen gewissen Mindeststandard garantiert, grundsätzlich doch wieder nur dieses zur Anwendung. Ein Arbeitgeber beispielsweise, der trotz Kenntnis des BUrlG mit seinem Arbeitnehmer die Abdingung des Urlaubsanspruchs oder einen zu kurzen Urlaub vereinbart, ist nur verpflichtet, den gesetzlichen Mindesturlaub zu gewähren, jedenfalls weil und soweit mangels Tarifvertrags oder branchenüblicher Regelung nicht klar ist, in welchem Umfang ein längerer Urlaub gewährt werden mußte. Es bestünde also nicht nur ein Unterschied in der Härte der Präventionswirkung zwischen teil- und totalnichtigen Abreden – bei diesen entfaltet der Präventionsgedanke keine Wirkung, da die Abrede ohnehin schon totalnichtig ist<sup>94</sup> –; man gelangte auch im Rahmen des zwingenden Rechts zu unterschiedlichen Ergebnissen, je nachdem, ob nur ein (zwingender) Mindeststandard garantiert ist oder zusätzlich dispositives Recht zur Verfügung steht. Eine solche Differenzierung erschiene aber wenig ausgewogen. Im Bereich der AGB kommt hinzu, daß der Präventionsgedanke wegen der Politik des

<sup>91</sup> Dies nimmt *Medicus* Gedächtnisschrift für Dietz S. 73 bei (durch den Verkäufer erfüllten) wucherischen Kaufverträgen an; dagegen befürwortet er beim Wucherdarlehen die Gegenleistungspflicht des Bewucherten, vgl. aaO. S. 75 ff. und dazu die Kritik von *Dauner* JZ 1980, 505 Fn. 140.

<sup>92</sup> Vgl. zu der Ausdifferenzierung der Rechtsfolgen einer Obliegenheitsverletzung im Versicherungsrecht *Prölss/Martin* § 6, 9a, die bei weniger schweren Verstößen zwar eine Herabsetzung nach §§ 242, 343 BGB ablehnen, aber eine Begrenzung des Verlustes der Deckung mit einer Als-ob-Betrachtung befürworten; vgl. auch die Regelung von § 7 Abs. 5 AKB. – Im Versicherungsrecht ist die Grundlage des Entfallens des Versicherungsschutzes die entsprechende vertragliche Abrede – modifiziert durch § 6 VVG. Ein solcher Anknüpfungspunkt fehlt bei Verstößen gegen Höchstpreisvorschriften.

<sup>93</sup> Vgl. § 9 III 1 c Fn. 74 bis 76.

<sup>94</sup> Vgl. *Kötz* NJW 1979, 788.

Gesetzes ohnehin versagt, soweit sich die Vorregelung aus dem Rechtsgeschäft oder Gesetz ergibt.<sup>95, 96</sup>

(2) Die aufgeführten Gesichtspunkte gelten auch und gerade, wenn man den *Sanktionsgedanken* in die Überlegung einbezieht. Hier ist jedenfalls unmittelbar einsichtig, daß die Relation zwischen der Schwere des Verstoßes und der Sanktion nicht gewährleistet ist, wenn man beispielsweise bei Verstoß gegen Höchstpreisvorschriften undifferenziert die Gegenleistungspflicht entfallen ließe. Dasselbe gilt prinzipiell auch bei einem partiellen Verstoß einer Nebenabrede gegen höherrangiges Recht.

c) Der Präventions- oder Sanktionsgedanke fordert auch nicht die Totalnichtigkeit, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft gegen das Gesetz verstößt. Wurde beispielsweise die nach § 326 BGB notwendige Nachfrist absichtlich zu kurz bemessen,<sup>97</sup> so wird dadurch eine angemessene Frist in Lauf gesetzt. Denn der Schuldner ist auch dann hinreichend geschützt. Die Vertragsaukündigung durch den Gläubiger nach Ablauf der zu kurzen Frist<sup>98</sup> stellt eine positive Forderungsverletzung dar und verhindert schon wegen der damit entstehenden Einrede die Fortdauer des Verzugs und das Recht zum Rücktritt.<sup>99</sup>

2. Auch und gerade wenn der Schutzzweck des Gesetzes nicht den Interessen einer Partei zu dienen bestimmt ist, erweist sich der Gedanke der Totalnichtigkeit des Rechtsgeschäfts als Prävention oder Sanktion als wenig ergiebig. Zwar läßt sich hier nicht einwenden, es ergäbe sich möglicherweise ein krasses Mißverhältnis zwischen (aufrechtzuerhaltender) Leistungs- und (entfallender) Gegenleistungspflicht, wie das im Rahmen der oben besprochenen Rechtsgeschäfte der Fall wäre. Entscheidend ist aber, daß die Parteien das Geschäft mit gesetzeskonformen Pflichten bestätigen könnten, was nach § 141 Abs. 2 BGB auch zu entsprechenden Leistungspflichten bezüglich zurückliegender Zeiträume führte. Steht aber der hier primär zu berücksichtigende Parteiwille einer Aufrechterhaltung nicht im Weg, so wäre in vielen Fällen mit einer Neuvernahme des Geschäfts zu rechnen. Das Präventionsargument verlöre damit wesentlich an Überzeugungskraft.

Anderes könnte nur gelten, soweit es um dingliche Geschäfte geht, deren rückwirkende Neuvernahme nicht möglich ist, und das Gesetz dem Schutz Dritter, z. B. von Gläubigern, dient.<sup>100</sup> Aber auch hier erschiene es nicht sinnvoll, dem Dritten ein Recht zuzugestehen, das über das hinausgeht, was ihm bei ordnungsgemäßem Ver-

<sup>95</sup> Vgl. § 8 I 1 e; vgl. zum Problem der Vorregelung genauer unten § 20 II 2 a.

<sup>96</sup> Eine andere Beurteilung könnte angebracht sein, wenn sich herausstellt, daß die vom Gesetzgeber vorgesehene Prävention mittels des Verfahrens nach §§ 13 ff. AGBG ihren Zweck nicht erreicht.

<sup>97</sup> Vgl. oben § 11 III 3.

<sup>98</sup> Vgl. RGZ 91, 204, 207; RG JW 1937, 2624.

<sup>99</sup> Vgl. statt vieler *Staudinger/Otto* § 326, 59.

<sup>100</sup> Ein Beispiel sind die Anfechtungsvorschriften der KO. Zwar sind anfechtbare Geschäfte nicht nichtig. Das Problem, ob die Anfechtung das gesamte Geschäft ergreift oder nur soweit, als Gläubigerbenachteiligung vorliegt, liegt jedoch parallel zu der Frage, ob ein partieller Verstoß gegen höherrangiges Recht das Geschäft im Ganzen hinfällig macht; vgl. § 3 Fn. 8.

halten der Parteien zustünde. Es tauchen größtenteils wiederum die Argumente auf, die soeben zur Ablehnung des Straf- und Präventionszwecks führten – Disproportionalität der Rechtsfolgen, fehlende Berücksichtigung des Grades des Verschuldens und dgl. Das Recht zur Konkursanfechtung wird daher zu Recht auf den die kongruente Deckung übersteigenden Teil begrenzt.<sup>101</sup> Ebenso scheidet die Streichung der Leistungspflicht nur eines Teils oder die Totalnichtigkeit partiell gegen das Gesetz verstoßender Abreden aus Straf- oder Präventionsgesichtspunkten aus.

#### *IV. Zwischenergebnis*

Der Zweck des Gesetzes wirkt sich im Rahmen der gesetzeskonformen Auslegung in mehrfacher Hinsicht aus: Zum einen steht – unabhängig vom Schutzzweck der Norm – der Durchsetzungsanspruch des zwingenden Rechts der gesetzeskonformen Auslegung nicht entgegen. Dies gilt ohne Rücksicht auf den Wortlaut und die konkrete Ausgestaltung der betroffenen Norm, es sei denn, der Text des Gesetzes sieht für einseitig eine Partei begünstigende Abreden Hinweispflichten zu Lasten der begünstigten Partei vor; eine Ausnahme gilt insbesondere auch bei Beurkundungserfordernissen. Voraussetzung bleibt es nämlich, daß eine gesetzeskonforme Fassung des Rechtsgeschäfts überhaupt ermittelt werden kann.

Umgekehrt kann der Schutzcharakter der Norm die Aufrechterhaltung des Vertrages in gesetzeskonformem Umfang erfordern, weil und soweit nur so das Erfüllungsinteresse zu gewährleisten ist. Das gilt auch und gerade, wenn eine Hauptpflicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt. Die Grenze der Aufrechterhaltung bildet die Unzumutbarkeit für die durch die Nichtigkeit der Abrede benachteiligte Partei.

Der Präventions- und der Sanktionsgedanke bildet keine hinreichende Rechtfertigung, um Totalnichtigkeit teilweise rechtswidriger Klauseln zu postulieren oder den Anspruch des gesetz- bzw. sittenwidrig Handelnden auf Gegenleistung entfallen zu lassen. Dabei spielt es keine Rolle, wen die betroffene Norm schützen soll.

### *§ 19 Die Rolle des Parteiwillens*

#### *I. Die Kollision zwischen dem Schutzcharakter der Norm und dem Grundsatz der Privatautonomie*

1. Gegenüber dem Schluß, der Schutzcharakter der Norm erfordere die Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts,<sup>1</sup> liegt der Einwand nahe, eine solche Interpretation vernachlässige die Privatautonomie der betroffenen Parteien.<sup>2</sup> Die infolge der geset-

---

<sup>101</sup> Vgl. oben § 6 I 3b mit Fn. 81.

<sup>1</sup> Vgl. § 18 II.

<sup>2</sup> Vgl. *Dauner* JZ 1980, 505 mit Fn. 137.

zeskonformen Aufrechterhaltung belastete Partei wird in der Tat an einen Vertrag gebunden, den sie so nicht geschlossen hat; ihre Abschlußfreiheit scheint tangiert zu sein.<sup>3</sup>

Diese Argumentation würde aber verkennen, daß privatautonome Setzung und objektives, insbesondere zwingendes Recht nicht isoliert nebeneinander stehen, sondern in gegenseitiger Verschränkung den Inhalt des Rechtsgeschäfts bestimmen.<sup>4</sup> Die von den Parteien bei ihren Willenserklärungen in aller Regel zugrunde gelegte Äquivalenz wird durch das Eingreifen objektiven Rechts und der an sie geknüpften Rechtsfolgen modifiziert – wenn auch oft nur marginal. Daraus folgt freilich, daß die Alternative zwischen Gültigkeit des Rechtsgeschäfts (nur) mit den Rechtsfolgen, die in der Willenserklärung ausgedrückt sind, und Totalnichtigkeit von vornherein falsch gewählt ist. Die Störung der Äquivalenz durch Reduktion bei Wuchergeschäften als hinreichendes Argument für Totalnichtigkeit anzusehen,<sup>5</sup> verkürzt somit das Problem. Daß nämlich eine solche Überlagerung bereits im Gesetz angelegt ist – Herabsetzung des Entgelts bei einem Verstoß gegen § 138 Abs. 2 BGB damit keinen Systembruch bedeutet – sei nochmals an zwei ausdrücklich kodifizierten Beispielen gezeigt.

§ 6 Abs. 1 AGBG räumt dem Interesse des Kunden an der Aufrechterhaltung des Vertrages den Vorrang vor der Abschlußfreiheit des Verwenders ein. § 1a Abs. 3 Satz 2 AbzG bringt insoweit sogar die Modifizierung einer Hauptpflicht: An die als Neuvernahme des Vertrages zu wertende Übergabe der Sache an den Käufer<sup>6</sup> knüpft das Gesetz die Festsetzung eines Kaufpreises, der so von den Parteien nicht vereinbart wurde.<sup>7</sup> Die genannten Normen legen ausdrücklich nieder, was auch in anderen Fällen aus zwingendem Recht folgt – die Begründung und Modifizierung von Haupt- und Nebenpflichten, auch wenn diese in die Willenserklärungen nicht einbezogen oder sogar ausdrücklich mit anderslautendem Inhalt<sup>8</sup> vereinbart wurden; das Rechtsgeschäft wird dadurch nicht hinfällig.

2. Dabei bleibt es unerheblich, ob der Wille, das Geschäft im Ganzen aufrechtzu-

<sup>3</sup> Es stellt nur ein terminologisches Problem dar, ob man insoweit die Abschluß- oder die Inhaltsfreiheit berührt sieht; zur Abgrenzung vgl. z. B. *Larenz* I § 4 II d, der dies (wohl) als Problem der Inhaltsfreiheit auffaßt, wie sein Hinweis auf die Preisgesetzgebung nahelegt.

<sup>4</sup> Vgl. ausführlich oben § 13 II–V.

<sup>5</sup> Vgl. § 9 mit Fn. 9.

<sup>6</sup> Vgl. dazu schon oben § 18 II 1 e mit Fn. 27.

<sup>7</sup> Selbst wenn man den Kaufpreis und die Teilzahlungszuschläge als zwei getrennte Abreden ansähe und im Fall des § 1a Abs. 3 Satz 2 AbzG nur vom Entfallen der Teilzahlungszuschläge ausginge, liegt doch jedenfalls eine Modifizierung kraft Gesetzes vor, da auch der Barzahlungspreis nach § 1a Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 AbzG in Raten entrichtet werden kann.

<sup>8</sup> Als weiterer Beispielsfall mag die dingliche Surrogation gelten; diese vollzieht sich auch bei entgegenstehendem Willen der Beteiligten, vgl. z. B. *Canaris* Bankrecht Rdn. 2401 zu § 6 Abs. 1 KAGG. Vgl. auch die Modifizierung der dinglichen Einigung durch § 1416 Abs. 1 Satz 2 BGB und dazu BGH NJW 1982, 1097, 1098 sowie BAG NJW 1982, 1475, 1478 zur Modifizierung (rechtswidrig) befristeter Arbeitsverträge.

erhalten, in salvatorischen Klauseln niedergelegt ist.<sup>9</sup> Der Schutzzweck der Norm mit den geschilderten Modifikationen ist hinreichend für die Aufrechterhaltung. Salvatorische Klauseln vermögen allenfalls ein Indiz dafür zu sein, daß die Teilnichtigkeit für keine der beiden Parteien unzumutbar ist.<sup>10</sup>

3. Hat bei einem Verstoß gegen ein Gesetz, aus dessen Schutzzweck die Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts in reduziertem Umfang erschlossen werden kann, das Interesse der Parteien an der Bewahrung der Äquivalenz zurückzutreten, so heißt das freilich auch, daß die teilweise geäußerte Ansicht, die gesetzeskonforme Fassung finde ihre Grenze an einem erkennbar entgegenstehenden Willen der Parteien,<sup>11</sup> in diesen Fällen nicht zutrifft. Das gilt selbst dann, wenn die Parteien Vorkehrungen getroffen haben, denen zufolge bei Teilnichtigkeit einzelner Abreden Totalnichtigkeit des Rechtsgeschäfts eintreten soll.

a) So ist grundsätzlich eine Individualabrede unwirksam, die an die Nichtigkeit einer Klausel oder der Hauptpflicht die Totalnichtigkeit des Vertrags koppelt, obwohl das Gesetz dem Schutz einer Partei dient. Sonst wäre eine Umgehung beispielsweise des § 276 Abs. 2 BGB möglich, indem zusätzlich zu einem Haftungsausschluß des Schuldners auch bei Vorsatz für den Fall der Nichtigkeit dieser Abrede das Entfallen des ganzen Vertrages vereinbart würde. Dem Interesse des Gläubigers an der Haftung des Schuldners auf das Erfüllungsinteresse würde damit entgegen der Intention des Gesetzes doch nicht Rechnung getragen; die Annahme eines einheitlichen Schutzverhältnisses reichte wegen der Abdeckung nur des negativen Interesses auch hier nicht aus.<sup>12</sup> Kann der Schuldner einen Haftungsverzicht im voraus „durchdrücken“, so wird ihm dies in aller Regel auch für eine entsprechende Totalnichtigkeitsabrede möglich sein. Dieselben Regeln gelten, wenn der Vertrag unter der (auflösenden) Bedingung der Gültigkeit einer solchen Bestimmung abgeschlossen wird.

Dogmatisch gesehen liegt hierin ein Fall der Gesetzesumgehung.<sup>13</sup> Ob dieser durch Auslegung oder analoge Anwendung der Verbotsnorm begegnet werden kann,<sup>14</sup> oder aber in der Umgehung ein besonderer Nichtigkeitsgrund zu erblicken

<sup>9</sup> Vgl. nur *Erman/H. Hefermehl* AGBG § 6, 5.

<sup>10</sup> Vgl. aber *Westermann* Festschrift für Möhring S. 147, der auch bei Vereinbarung salvatorischer Klauseln die Zumutbarkeitsgrenze betont.

<sup>11</sup> Für die ergänzende Auslegung: *Larenz* AT § 29 I; *MünchKomm/Mayer-Maly* § 157, 43; *ders.* Festschrift für Flume I S. 625; für die Teilnichtigkeit: *MünchKomm/Mayer-Maly* § 139, 22, dort allerdings mit der zutreffenden Einschränkung, daß dies bei Kollision mit zwingendem Recht nicht gelte; für die Umdeutung: *MünchKomm/Mayer-Maly* § 140, 20.

<sup>12</sup> Vgl. schon oben § 18 II 1b.

<sup>13</sup> Vgl. BGH WM 1981, 587, 588, wo (in einem etwas anderen Zusammenhang) betont wird, daß objektive Umstände nicht durch eine gegenteilige Erklärung aus der Welt geschafft werden könnten, da sonst der Umgehung des Gesetzes Tür und Tor geöffnet wäre.

<sup>14</sup> LG Berlin NJW 1977, 1826, 1827; *Jauernig* § 134, 5; *Erman/Brox* § 134, 18; *Soergel/Hefermehl* § 134, 52; *Staudinger/Dilcher* § 134, 36; *Larenz* AT § 22 II, *Flume* II § 17 5; *Lang/Köhler* § 53 II; *Teichmann* S. 78 ff.; *Huber* JurA 1970, 796 ff.; *Lehmann/Hübner* § 29 III 3; *von Gamm* WRP 1961, 260.

ist,<sup>15</sup> mag dahinstehen. Ein Unterschied könnte sich allenfalls ergeben, wenn man mit der letztgenannten Ansicht zusätzlich Umgehungsabsicht forderte.<sup>16</sup> Dem kann allerdings nicht zugestimmt werden – und zwar schon deshalb nicht, weil es auch bei Anerkennung der Gesetzesumgehung als eigenem Institut nur darum geht, dem Gesetz unabhängig von der Kenntnis der Parteien Wirksamkeit zu verschaffen. Ziel ist nicht die Bestrafung der verwerflichen Gesinnung, sondern nur, den vom Gesetz verbotenen Erfolg auch tatsächlich zu verhindern.<sup>17</sup> Umgekehrt kann bei Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Wegen eine Aufrechterhaltung des Geschäfts nicht an der Umgehungsabsicht scheitern.<sup>18</sup> Es ist daher konsequent, daß im Rahmen von § 6 AbzG wie auch bei § 7 AGBG keine Umgehungsabsicht gefordert wird.<sup>19</sup> Die Kenntnis von der Umgehung – damit vom Verstoß gegen das Gesetz – spielt eine Rolle, soweit sie die Annahme der Unzumutbarkeit einer Aufrechterhaltung des restlichen Vertrages hindert. Aus der „Gutgläubigkeit“ kann aber nicht zwingend Totalnichtigkeit gefolgert werden; die Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung bestimmt sich in diesen Fällen nach einer Vielzahl weiterer Faktoren.

b) Ein Sonderproblem stellt sich bei der Abdingung des § 6 Abs. 1 AGBG, also der Vereinbarung von Totalnichtigkeit bei Nichtigkeit einer oder mehrerer AGB-Klauseln. Anerkannt ist in diesem Zusammenhang, daß eine formularmäßige Abrede der Totalnichtigkeit in der Regel unwirksam ist, weil und soweit sie gegen § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 iVm. § 6 Abs. 1 AGBG verstößt.<sup>20</sup>

Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage, wenn § 6 Abs. 1 AGBG durch eine Individualabrede abbedungen wird. § 9 AGBG vermag dann keinen Prüfungsmaß-

<sup>15</sup> MünchKomm/Mayer-Maly § 134, 17; die Berufung auf BGH LM Nr. 19 zu § 134 BGB überzeugt nicht ganz, da der BGH dort prüft, ob das Verbot die Verwirklichung des Erfolges überhaupt verhindern oder nur eine bestimmte Geschäftsform untersagen will, im Endeffekt also eine Auslegung des Gesetzes vornimmt. Nicht ganz eindeutig ist, ob BAGE 10, 65, 70 lediglich den Zweck der Norm ermittelt oder die Gesetzesumgehung als eigenständiges Institut betrachtet.

<sup>16</sup> BGHZ 5, 133, 136; 8, 23, 32; BGH NJW 1959, 383, 384; 1960, 524, 525; MünchKomm/Mayer-Maly § 134, 20; vgl. auch die weiteren Nachw. bei Teichmann S. 67f.; Staudinger/Schlosser § 7.

<sup>17</sup> Erman/Brox § 134, 18; Soergel/Hefermehl § 134, 55; Teichmann S. 69; Huber JurA 1970, 797. Vgl. auch BGHZ 37, 363, 366; 51, 255, 262, demzufolge für die Bejahung des § 134 BGB der objektive Verstoß genügt; daher sehen BGHZ 56, 285, 289, BAGE 10, 65, 70, wohl auch LG Berlin NJW 1977, 1826, 1827, Palandt/Heinrichs § 134, 4 vom Erfordernis der Umgehungsabsicht ab.

<sup>18</sup> Soergel/Hefermehl § 134, 55.

<sup>19</sup> Für § 6 AbzG: BGHZ 62, 42, 44f.; KG JW 1931, 75; Palandt/Putzo AbzG § 6, 2a; Erman/Weitnauer/Klingsporn AbzG § 6, 1; MünchKomm/H. P. Westermann AbzG § 6, 5; RGRK/Kessler AbzG § 6, 1; Ostler/Weidner § 6, 11; weitere Nachw. bei Teichmann S. 69 mit Fn. 12; implizit auch BGHZ 3, 257, 259; 22, 90, 93; 33, 293, 295; BGH LM Nr. 2 zu § 6 AbzG. Für § 7 AGBG: Staudinger/Schlosser § 7; MünchKomm/Kötz AGBG § 7, 8; Palandt/Heinrichs AGBG § 7, 2; Löwe § 7, 8; Ulmer § 7, 5; Dietlein/Rebmann § 7, 1.

<sup>20</sup> Erman/H. Hefermehl AGBG § 6, 5; MünchKomm/Kötz AGBG § 6, 5; Ulmer § 6, 5; Koch/Stübing § 6, 4 (auch für Individualabreden); a. A. Staudinger/Schlosser § 6, 1, soweit die Klausel nicht überraschend sei; unklar Schlosser § 6, 1.



stab abzugeben; der Gesetzgeber wollte dem Kunden nicht wie beispielsweise in § 276 Abs. 2 BGB einen bestimmten Schutz generell zur Verfügung stellen, sondern nur die Aushöhlung der Rechte im Wege der formularmäßigen Abrede verhindern. Freilich sind an diese Individualabreden strenge Anforderungen zu stellen. Keineswegs genügt jede Vereinbarung, derzufolge bei Nichtigkeit einer Klausel der ganze Vertrag nichtig sein solle.<sup>21</sup> Zweck des AGBG ist es nämlich, den Kunden vor dem Verlust solcher Rechte durch AGB zu schützen, die der Vertrag nach dem gesetzlichen Leitbild begründet.<sup>22</sup> Für den Partner des Verwenders ist es aber bei undifferenzierten Totalnichtigkeitsklauseln anhand der Individualabrede nicht überblickbar, auf welche Rechte er vom Ergebnis her verzichtet. Dies kann man nur feststellen, wenn man zur Interpretation der individuell vereinbarten Klausel die AGB heranzieht. Insofern erfolgt die Abdingung der Rechte (auch) formularmäßig und unterfällt der Kontrolle nach dem AGBG. Anderes gilt nur, soweit sich aus der Individualabrede selbst für den Kunden hinreichend klar erschließen läßt, welcher Rechte er verlustig geht.

Die Abdingung des § 6 Abs. 1 AGBG ist darüber hinaus insoweit ungültig, als Rechte betroffen werden, auf die auch im Wege der Individualabrede nicht verzichtet werden kann. Wird etwa in einer Formulklausel die Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit des Verwenders ausgeschlossen, daneben im Wege der Individualvereinbarung die Gesamtnichtigkeit des Vertrages für den Fall vereinbart, daß diese (genau bezeichnete) Klausel ungültig sei, so gilt dies nur für den Fall der groben Fahrlässigkeit. Während nämlich der Ausschluß der Haftung für leichte Fahrlässigkeit vor dem AGBG ohnehin standhält, kann die Ersatzpflicht für Vorsatz auch auf dem Weg einer individuell vereinbarten Totalnichtigkeitsklausel nach den soeben gezeigten Grundsätzen nicht abbedungen werden, die individuelle Abrede entfaltet ihre Wirkung somit nur für grobe Fahrlässigkeit.

c) Eine Abrede über Totalnichtigkeit darf also nicht dem Zweck des jeweiligen Gesetzes zuwiderlaufen. Sie kann allerdings ein Indiz dafür sein, daß nach der individuellen Risikoverteilung des Vertrages an Unzumutbarkeit und damit Totalnichtigkeit geringere Anforderungen zu stellen sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die durch die Teilnichtigkeit eintretende Äquivalenzverschiebung nach dem übereinstimmenden individuell geäußerten Willen der Parteien nicht dem einen Teil allein zur Last fallen soll und der Gesetzesverstoß den Parteien nicht bekannt ist. Das gilt auch, wenn die Parteien in gleichem Maß von der Nichtigkeit der Abrede betroffen sind, etwa weil der (rechtswidrige) Haftungsausschluß zugunsten beider Partner vereinbart war.

4. Der Verwirklichung des Parteiwillens dient auch das Institut der Anfechtung.<sup>23</sup> Die bisher dargestellten Grundsätze könnten allerdings unterlaufen werden, wenn

---

<sup>21</sup> So aber MünchKomm/Kötz AGBG § 6, 5; Ulmer § 6, 16; unklar Staudinger/Schlosser § 6, 1; a. A. Koch/Stübing § 6, 4.

<sup>22</sup> Palandt/Heinrichs AGBG § 9, 4; MünchKomm/Kötz AGBG § 9, 13; Brandner § 9, 58 f.; Löwe § 9, 4.

<sup>23</sup> Vgl. Soergel/Hefermehl § 119, 1; Larenz AT § 20 IIa; Flume II § 21 1.

eine Lösung von der vertraglichen Bindung über die Normen der §§ 119ff. BGB möglich wäre.<sup>24</sup>

a) Bleibt freilich schon bei der Ermittlung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts ein entgegenstehender ausdrücklich geäußelter Wille der Parteien wegen des Schutzzwecks der Norm unbeachtlich,<sup>25</sup> so wäre es widersprüchlich, diesem Willen durch Anfechtung zum Durchbruch zu verhelfen. Wie dort hat auch hier der Parteiwille gegenüber dem Schutzcharakter der Norm zurückzutreten. Es läßt sich in diesem Zusammenhang davon sprechen, daß die Prüfung des § 139 BGB – genauer die Berücksichtigung der Gesichtspunkte, die über Teil- oder Totalnichtigkeit entscheiden – eine vorweggenommene Anfechtung enthält,<sup>26</sup> umgekehrt scheidet diese also aus, wenn die hier relevanten Überlegungen zur Teilnichtigkeit geführt haben.<sup>27</sup>

b) Schwierigkeiten ergeben sich allerdings, wenn man den Aspekt einbezieht, unter welchen Umständen ein Rechtsfolgenirrtum zur Anfechtung berechtigt. Zwar ist – wie oben gezeigt – nicht jeder derartige Irrtum relevant im Sinne der §§ 119ff. BGB.<sup>28</sup> Die h. M. lehnt eine Anfechtung zwar dann ab, wenn zu den intendierten Folgen lediglich zusätzliche Rechtswirkungen hinzutreten, entscheidet aber anders, wenn nicht die erstrebten, sondern davon wesentlich verschiedene Rechtsfolgen erzeugt werden.<sup>29</sup> Das hätte zur Folge, daß bei Modifikation des erklärten Willens durch das zwingende Recht – etwa bei Reduzierung der Gegenleistungspflicht auf-

<sup>24</sup> Dafür aber wohl *Däubler* JuS 1971, 401.

<sup>25</sup> Vgl. soeben § 19 I 3.

<sup>26</sup> *Pawlowski* S. 204, 322. Freilich vermag die Unterscheidung *Pawlowskis* in amts- und parteinichtige Geschäfte (S. 158 ff.) – wobei er danach differenziert, ob die Nichtigkeit nur auf Antrag der Parteien oder von Amts wegen berücksichtigt wird –, nicht zu überzeugen, soweit daraus die Konsequenz gezogen wird, nur diese seien in der Regel teilnichtig, was bei jenen aber nicht gelte (S. 160). So ist auch P. gezwungen, von diesem Grundsatz Ausnahmen zu machen. Beispielsweise sieht er die amtsnichtigen Geschäfte, die im Widerspruch zu Höchstpreisvorschriften stehen (S. 142 ff.), wegen des Zwecks der Vorschrift als teilnichtig an (S. 325; dort wird auf die früher eingeführte Differenzierung nur mehr spärlich zurückgegriffen). Dann erscheint es sinnvoller, von vornherein auf den Zweck der Vorschrift abzustellen.

<sup>27</sup> Im Schrifttum ist strittig, ob eine Anfechtung des im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung gefundenen Vertragsinhalts möglich ist. Bejahend *Sandrock* S. 120 ff.; ablehnend *Flume* II § 23 4 d; *Rummel* S. 118 f.; wohl auch *Leenen* MDR 1980, 357 mit Fn. 39, da die Rechtsfolgen aus rechtlichen Wertungen resultierten und daher richtig seien. Auch wenn *Sandrock* grundsätzlich zuzustimmen wäre, ergäbe sich im vorliegenden Zusammenhang etwas anderes, weil es um den Geltungsanspruch des zwingenden Rechts, insbesondere um den Schutzcharakter der Norm geht.

<sup>28</sup> Vgl. oben § 13 III 2 b.

<sup>29</sup> RGZ 88, 278, 284; 89, 29, 33; 98, 136, 138 f.; 134, 195, 197 f.; RGRK/Krüger-Nieland/Zöller § 119, 27; *Staudinger/Dilcher* § 119, 35; *Larenz* AT § 20 II a; *Lehmann/Hübner* § 34 III 1 c; *Lange/Köhler* § 57 III 4; *Brox* AT Rdn. 377; *Rüthers* Rdn. 345 ff.; *Medicus* Rdn. 133; grundsätzlich auch *MünchKomm/Kramer* § 119, 69, vgl. aber § 119, 104 Fn. 231; zögernd *Soergel/Hefermehl* § 119, 24; *Flume* II § 23 4 d lehnt die Beachtlichkeit jedes Rechtsirrtums ab; *von Tuhr* II 1 § 67 I 2 = S. 574 differenziert zwischen den essentialia und accidentalia eines Rechtsgeschäfts; nicht ganz eindeutig *Mayer-Maly* AcP 170, 173 ff.

grund einer Höchstpreisvorschrift – der dadurch benachteiligten Partei ein Anfechtungsrecht zur Verfügung stehen müßte.

Ob man demgegenüber anführen kann, eine Anfechtung sei ausgeschlossen, da der durch die Norm Geschützte darauf vertrauen dürfe, daß sein Partner den rechtlich unzulässigen Teil des Vertrages nicht wirklich wolle, weil die gegnerische Partei also sonst geltend machen müsse, sie habe ihrem Vertragspartner gegenüber „nicht rechtlich handeln“ wollen, und sich deshalb nicht auf den Irrtum berufen dürfe,<sup>30</sup> erscheint zweifelhaft. Diese Ansicht läuft auf die generelle *Ersetzung* des tatsächlichen durch den rechtlich vernünftigen Willen hinaus<sup>31</sup> – eine Problemstellung, die von der Frage zu unterscheiden ist, ob und in welchem Umfang der tatsächliche Wille im Einzelfall *Geltung* beanspruchen kann.

Den richtigen Ansatz gewinnt man, wenn man danach fragt, ob der entgegenstehende Wille beachtet werden darf. Es geht nicht darum, einen entsprechenden Willen zu fingieren, sondern darum, den realen Willen nur begrenzt zu berücksichtigen. Dogmatischer Ansatz hierfür ist § 119 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB. Hat man bei der Prüfung der „verständigen Würdigung des Falles“ den Erklärenden als verständigen Menschen frei von Eigensinn, Launen und törichten Eigenschaften zu unterstellen,<sup>32</sup> so bedeutet das auch, daß man ihn als rechtstreu anzusehen hat. Es kann nicht dem verständigen Interesse des Irrenden<sup>33</sup> entsprechen, den Schutzzweck des seine Erklärung ergänzenden und modifizierenden zwingenden Rechts durch Anfechtung zu unterlaufen.<sup>34</sup> Eine parallele Problematik, bei der allgemein eine Beschränkung des Anfechtungsrechts wegen der Schutzwirkung des Gesetzes anerkannt ist, findet sich beispielsweise bei der Konkurrenz zwischen Sachmängelgewährleistungsansprüchen und dem Anfechtungsrecht des Verkäufers infolge eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der verkauften Sache. Dem Verkäufer ist es verwehrt, durch Anfechtung seine Mängelhaftung zu Fall zu bringen.<sup>35</sup> Hier setzt sich also das (in diesem Fall sogar nur dispositive) objektive Recht gegenüber dem privatautonom erklärten Willen durch; erst recht muß das für zwingendes Recht gelten.<sup>36</sup>

<sup>30</sup> So Pawlowski S. 323 f.

<sup>31</sup> Vgl. z. B. die Kritik von MünchKomm/Säcker Einl. vor § 1, 136 ff., 140.

<sup>32</sup> Palandt/Heinrichs § 119, 5; MünchKomm/Kramer § 119, 129; Soergel/Hefermehl § 119, 67; Staudinger/Dilcher § 119, 73; RGZ 62, 201, 206.

<sup>33</sup> Prot I S. 231 bei Mugdan I S. 717.

<sup>34</sup> Den Durchsetzungsanspruch eines nach normativen Maßstäben ermittelten Interessenausgleichs betont Leenen MDR 1980, 357 mit Fn. 39; dieser Durchsetzungsanspruch besteht jedenfalls für das zwingende Recht; vgl. auch schon Fn. 27.

<sup>35</sup> Soergel/Hefermehl § 119, 80; Staudinger/Dilcher § 119, 66; Erman/Weitnauer vor § 459, 31; MünchKomm/H. P. Westermann § 459, 76; Staudinger/Honsell vor § 459, 25; Larenz II § 41 II c; Flume II § 24 4; Esser/Weyers II 1 § 6 I 4; Medicus Rdn. 342.

<sup>36</sup> Vgl. auch Canaris Bankrecht Rdn. 2501, 2507: Kann ein Vertrag mit einer Bank nur unter Zugrundelegung von deren AGB geschlossen werden, so steht § 119 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB auch bei Vorliegen von Fehlvorstellungen der Anfechtung entgegen, soweit nicht dargetan wird, daß der Kunde vom Vertrag überhaupt Abstand genommen hätte. Bezieht man den Durchsetzungsanspruch des zwingenden, eine Partei schützenden Rechts in die Überlegung mit ein, so gilt die von Canaris genannte Einschränkung nur, wenn das Festhalten unzumutbar

§ 119 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB bedeutet insoweit eine im Gesetz angelegte Einschränkung der Privatautonomie.<sup>37</sup> Die Norm ist damit umgekehrt ein Argument für die Einbeziehung auch des zwingenden Rechts in die Auslegung. Denn wenn das die Privatautonomie (u. a.) verwirklichende Anfechtungsrecht seinerseits unter der Einschränkung steht, zwingendes Recht nicht unterlaufen zu dürfen, so ist das ein weiteres Indiz dafür, daß auch die Interpretation der Willenserklärungen den gleichen Schranken unterliegt.

## *II. Die Relevanz der Privatautonomie bei Fehlen des Schutzcharakters der Norm*

Der Parteiwille entfaltet jedoch sein Gewicht in wesentlich stärkerem Umfang, wenn das gesetzliche Verbot nicht (auch) zugunsten des Partners besteht, sondern nur andere Rechtsgüter betrifft. Beispiel dafür ist § 1 GWB. Das Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen hat nicht den Zweck, den Vertragspartner zu schützen, jedenfalls nicht in dem Sinn, daß ein bestimmter Vertragsinhalt zwingend vorgeschrieben wäre; die Norm soll vielmehr wirtschaftspolitisch unerwünschte Kartelle verhindern.<sup>38</sup> Nicht unter diese Gruppe fallen dagegen z. B. die Höchstpreisvorschriften, dienen sie doch nicht nur der Verwirklichung volkswirtschaftlicher Ziele, sondern auch dem Schutz des einzelnen vor einer Bezahlung zu hoher Preise.<sup>39</sup>

1. Die stärkere Beachtung des Parteiwillens bei Fehlen des Schutzcharakters hat einmal zur Folge, daß jener sich durchzusetzen vermag, soweit Totalnichtigkeit als Folge der Teilnichtigkeit von den Parteien in ihren Erklärungen vorgesehen ist. Der Zweck des Gesetzes steht hier nicht entgegen. Entsprechende ausdrückliche Abreden oder der aus den Umständen erschießbare Parteiwille führen hier dann ohne weiteres zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages.

2. Auf der anderen Seite heißt das freilich auch, daß der Vertrag in reduziertem gesetzeskonformen Umfang aufrechtzuerhalten ist, wenn dies dem Parteiwillen entspricht. Weil und soweit dieser in der Regel nicht ausdrücklich erklärt ist, muß er aus den Umständen und objektiven Momenten entnommen werden.

a) Handeln die Parteien in Kenntnis der partiellen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, so kann das in diesem Zusammenhang zwar nicht wegen des Schutzzwecks der Norm für bedeutungslos gehalten werden. Umgekehrt freilich helfen auch die pauschalen Regeln nicht weiter, wie sie im Rahmen des § 139 BGB und des § 140

---

wäre. – Vgl. auch den Fall des § 164 Abs. 2 BGB, wo ebenfalls die Anfechtung aus übergeordneten Gesichtspunkten ausgeschlossen ist, ohne daß dies als Verletzung der Abschlußfreiheit zu werten wäre.

<sup>37</sup> Vgl. *Esser/Weyers* II 1 § 6 I 4: § 119 BGB dient der Wahrung der Willensautonomie nur, soweit sie vom Recht gebilligt wird. Er soll es nicht ermöglichen, sich gesetzlich angeordneten Zurechnungen zu entziehen. Vgl. auch RG JW 1937, 1242, 1243, das betont, daß § 119 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB die Anfechtungsmöglichkeit einschränkt und nicht erweitert.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu *Benisch* in *Gemeinschaftskommentar* § 35, 7; *Emmerich* S. 6, 8f. jeweils mwN. Selbst wenn § 1 GWB als Schutzgesetz zugunsten der Vertragspartner anzusehen ist, ändert das nichts an der Aussage, daß bei Fehlen des Schutzcharakters andere Grundsätze gelten als bei seinem Vorliegen.

<sup>39</sup> Vgl. auch oben § 18 II 3 c.

BGB genannt werden, wobei die Ergebnisse zudem diametral entgegengesetzt sind.<sup>40</sup> Die dogmatische Einordnung vermag nicht die Frage der Restgültigkeit zu entscheiden, vielmehr kommt es darauf an, ob die Parteien ein Scheingeschäft tätigen oder den gesetzeskonformen Rest in Geltung setzen wollten. Dies ist nach den Regeln zu entscheiden, unter deren Zuhilfenahme das Vorliegen des § 117 Abs. 1 BGB geprüft wird. Beabsichtigen die Parteien übereinstimmend, die Rechtsfolge nicht eintreten zu lassen,<sup>41</sup> fehlt also der Wille, ein Geschäft überhaupt abzuschließen,<sup>42</sup> so verbleibt es bei der Nichtigkeit, anders ist es, wenn der gesetzeskonforme Rest gewollt war.

b) Die stärkere Berücksichtigung des Willens erlaubt die Respektierung auch persönlich bedingter Vorlieben und Aversionen. Grundsätzlich kann daher in Rechnung gestellt werden, daß die Parteien ersichtlich den Vertrag nur zu den abgesprochenen Bedingungen gelten lassen wollten, wenn sich dafür auch hinreichend deutliche Anhaltspunkte ergeben müssen. Liegen diese aber vor, ist beispielsweise die Aufrechterhaltung einer nach dem Gesetz nicht zulässigen OHG als bürgerlich-rechtliche Gesellschaft abzulehnen.<sup>43</sup> Voraussetzung dafür ist allerdings, daß solche persönlichen Präferenzen dem Vertragsgegner bei Abschluß des Rechtsgeschäfts nach Auslegung anhand des Empfängerhorizonts erkennbar waren.

c) In aller Regel aber ist entscheidendes Kriterium auch hier primär das Äquivalenzinteresse der Parteien, wobei die bereits angestellten Überlegungen<sup>44</sup> entsprechend gelten, die Gewichte sich allerdings zugunsten einer wesentlich stärkeren Berücksichtigung des vertraglich vorausgesetzten Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung verschieben. Auch an dieser Stelle gewinnen allgemein die Kriterien ihre Bedeutung, die die h. M. nur bei § 139 BGB ansiedelt.

(1) Es verbietet sich daher, von einer rechtswidrigen, aber irrelevant gebliebenen Klausel auf Nichtigkeit des ganzen Geschäfts zu schließen. Dasselbe gilt, wenn durch die Reduzierung die gegenseitigen Rechte und Pflichten im gleichen Ausmaß herabgesetzt werden und keine Partei an dem nichtigen Teil ein besonderes Interesse hat. Aufgrund dieser Überlegung ist es gerechtfertigt, eine Wettbewerbsbeschränkung einengend auszulegen,<sup>45</sup> da dadurch keine Partei in stärkerem Maße betroffen wird als die andere.

(2) Ergeben sich Verschiebungen, so bleiben die Interessen der dadurch begünstigten Partei außer Betracht, da sie durch die Teilnichtigkeit besser gestellt wird. Anderes gilt aber für den benachteiligten Partner. Fehl geht es jedenfalls, die Beein-

<sup>40</sup> Vgl. oben § 10 II 3, § 11 II 2.

<sup>41</sup> RG JW 1930, 2655, 2656; OGHZ 4, 105, 107; BGHZ 21, 378, 382; 36, 84, 87f.; 67, 334, 339; BGH NJW 1959, 332, 333; 1980, 1572, 1573; JZ 1977, 341, 342; DB 1978, 1828; *Palandt/Heinrichs* § 117, 1; *Ermann/Brox* § 117, 1; MünchKomm/Kramer § 117, 13; *Staudinger/Dilcher* § 117, 12; *Larenz AT* § 20 I c; *Medicus Rdn.* 126.

<sup>42</sup> BGHZ 36, 84, 88; *Staudinger/Dilcher* § 117, 5.

<sup>43</sup> Vgl. oben §§ 11 I mit Fn. 19; 13 III 3 mit Fn. 34.

<sup>44</sup> Vgl. oben § 18 II 5 b (3).

<sup>45</sup> OLG Düsseldorf WuW 1974, 645, 648; vgl. dazu oben § 6 I 2.

trächtigung seiner Interessen deswegen für irrelevant zu erachten, weil sie durch den hypothetischen Willen gedeckt sei; das wäre eine *petitio principii*.<sup>46</sup> Abstrakte Regeln lassen sich ansonsten aber kaum aufstellen. Man hat sich die Parteien als vernünftig handelnde Menschen vorzustellen. Daraus folgt, daß kleinere Veränderungen des vertraglichen Gleichgewichts unbeachtlich bleiben, größere jedoch zur Nichtigkeit führen.<sup>47</sup> In diesem Zusammenhang gewinnt auch der Wortlaut eine wichtige Funktion. Deckt er das ermittelte Ergebnis, so entspricht die damit einhergehende Äquivalenzverschiebung grundsätzlich dem Interesse der dadurch benachteiligten Vertragspartei;<sup>48</sup> dasselbe gilt, wenn sich die Übereinstimmung nach den Regeln der *falsa demonstratio* ermitteln läßt.

d) Freilich kann auch in solchen Fällen eine Reihe weiterer Faktoren mit in die Überlegung einzubeziehen sein. So erfordert es der Zweck des Vereinsrechts, nicht wegen der Teilnichtigkeit der Satzung diese insgesamt als nichtig anzusehen, da hier weitere Interessen des Verkehrs wie Rechtssicherheit und dgl. betroffen werden. Aus dem Zweck des Beurkundungszwanges<sup>49</sup> kann sich ergeben, daß dem Parteiwillen auch über die Grundsätze der *falsa demonstratio* nicht Rechnung getragen werden kann. All das zeigt, daß der Parteiwille auch mit anderen Faktoren – Verkehrsschutz, Schwierigkeit der Rückabwicklung u. ä. – in Konkurrenz stehen kann.

### III. Zwischenergebnis

Es widerspricht nicht der Privatautonomie, daß zwingendes Recht Vorrang vor dem erklärten Willen genießt, wenn es einen Mindestinhalt des Rechtsgeschäfts zugunsten einer Partei garantieren will. Dieser Schutzcharakter darf auch nicht durch ausdrückliche Abreden unterlaufen werden; solche Vereinbarungen sind wegen Gesetzesumgehung nichtig. § 6 Abs. 1 AGBG ist nur durch eine Individualabrede abdingbar, die ausdrücklich die Klausel nennt, deren Nichtigkeit zum Entfallen des Vertrages führen soll, und auch dann nur insoweit, als Rechte der zu schützenden Partei durch individuelle Vereinbarung ausgeschlossen werden können. Das Recht zur Anfechtung hat sich diesen Grundsätzen anzupassen. Die genannten Regeln dürfen durch §§ 119ff. BGB nicht außer Kraft gesetzt werden; dogmatischer Ansatzpunkt für diese Einschränkung ist § 119 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB.

Dient das Gesetz nicht dem Schutz einer Partei, so kann die Abschluß- und Inhaltsfreiheit in wesentlich stärkerem Maße berücksichtigt werden; auch hier wir-

<sup>46</sup> Vgl. oben § 11 III 2 mit Fn. 47.

<sup>47</sup> Vgl. z. B. *Erman/Brox* § 139, 31, *Soergel/Hefermehl* § 139, 34f., die danach differenzieren, ob ein wichtiger oder ein unwichtiger Teil nichtig sei. BGH NJW 1980, 2350, 2352 stellt darauf ab, ob derselbe wirtschaftliche Erfolg erreicht wird; daß das andere Geschäft objektiv vernünftig sei, reiche nicht aus.

<sup>48</sup> Vgl. schon § 14 III 4 mit Fn. 70.

<sup>49</sup> Vgl. BGHZ 74, 116, 120f. und dazu schon oben § 14 I 1. – Die Fälle unterscheiden sich von den oben § 18 I 3 besprochenen dadurch, daß dort die Beurkundung gänzlich fehlt, eine gesetzeskonforme Aufrechterhaltung also von vornherein nicht in Betracht kommt, während sie hier nach den Grundsätzen der *falsa demonstratio* möglich wäre, aber wegen des Zwecks des Beurkundungserfordernisses zumindest bei bewußter Falscherklärung ausscheidet.

ken allerdings objektive Momente an der Findung des Inhalts des Rechtsgeschäfts mit.

*§ 20 Die richterliche Gestaltungsmacht, insbesondere das Problem des iustum pretium*

Es bleibt das Problem, mit welcher Genauigkeit die gesetzeskonforme Fassung des Rechtsgeschäfts für den Richter aus dem (teilweise nichtigen) Rechtsgeschäft bzw. aus dem Gesetz erkennbar sein muß<sup>1</sup> und inwieweit ihm hier Gestaltungsmacht zusteht.

*1. Arten der Vorregelung, insbesondere bei Fehlen des Schutzcharakters der Norm*

1. Die gesetzeskonforme Fassung kann sich direkt aus dem Rechtsgeschäft ablesen lassen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn nur ein Teil nichtig ist,<sup>2</sup> der restliche Teil aber unverändert Bestand hat. Dieselbe Funktion haben salvatorische Ersetzungsklauseln, in denen klargestellt ist, was im Falle der Nichtigkeit einer Abrede zu gelten hat.

In dieser Hinsicht ist es relevant, ob und inwieweit der Wortlaut oder die sonst im Rahmen der erläuternden Auslegung heranzuziehenden Kriterien – insbesondere auch das Institut der falsa demonstratio – einen Schluß auf den Parteiwillen zulassen. Auslegung, Teilnichtigkeit, Umdeutung und dgl. unterscheiden sich somit nicht prinzipiell voneinander, sie sind aber Ausdruck dafür, daß die einzelnen Gesichtspunkte in mehr oder weniger starkem Maße an der Ermittlung des Inhalts eines Rechtsgeschäfts mitwirken.

Gerade wenn das Gesetz nicht dem Schutz einer Partei dient, läßt sich der Parteiwille sehr weitgehend berücksichtigen. Hier haben Klauseln ihre Bedeutung, die die Parteien zur Mitwirkung an neuen, der intendierten Regelung möglichst nahekommenden Regelungen verpflichten oder einer Partei ein Bestimmungsrecht einräumen.

2. a) Die Rolle der Vorregelung kann auch dem dispositiven oder zwingenden Recht zukommen. Ist es möglich, aus ihm eine sinnvolle Regelung zu erschließen, so bleibt das Rechtsgeschäft in der vom Gesetz vorgesehenen Form aufrechterhalten. Das ist insbesondere der Fall, wenn beispielsweise der Vertrag eine (teil)dispositive gesetzliche Regelung erfahren hat.<sup>3</sup> Daß nicht nur die rechtsgeschäftliche Erklärung, sondern auch das teildispositive Recht zur Ermittlung der gesetzeskonformen Fas-

---

<sup>1</sup> Lindacher AcP 173, 131.

<sup>2</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 1970, 29, 30; 1971, 1034, 1035.

<sup>3</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 1972, 1227, 1229; 1977, 195, 196; DB 1973, 517, 518; WM 1977, 473, 476. – Die Fälle in Fn. 2 und 3 betrafen zwar Konstellationen, in denen die Norm eine Partei schützen sollte. Für andere Vorschriften gelten in dieser Hinsicht jedoch keine abweichenden Grundsätze.

sung herangezogen werden kann, ist eine Folge der Entlastungsfunktion des dispositiven Rechts.<sup>4</sup> Dasselbe gilt auch für das zwingende Recht, zumal da es zusätzlich noch den Geltungsanspruch besitzt. Bei unwirksamer Abdingung des Urlaubsanspruchs eines Arbeitnehmers kann die Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages nicht daran scheitern, daß der Inhalt dieses Vertrages nicht klar vorgezeichnet wäre; dies ist durch die zwingende Regelung des BUrlG geschehen.

Hier zeigt sich eine Parallele zur verfassungskonformen Auslegung. Je weniger präzise die Verfassung festlegt, wie die gesetzliche Regelung auszusehen hat, desto größer ist der Spielraum des Gesetzgebers und desto mehr hat der Richter diesem Konkretisierungsprimat durch Nichtigerklärung Rechnung zu tragen. Ist die Regelung dagegen so genau vorgezeichnet, daß dem Gesetzgeber keine oder nur eine geringe Wahlmöglichkeit gelassen wird, kann der Richter die entsprechende Entscheidung selbst treffen;<sup>5</sup> dieselben Grundsätze gelten für das Verhältnis zwischen Rechtsgeschäft und zwingendem Recht.

Ausschlaggebend ist dabei nicht der Wortlaut der Norm. Auch bei einer Vorschrift, die ein bestimmtes Verhalten lediglich verbietet, kann klar sein, welchen Inhalt das Rechtsgeschäft im übrigen hat. So läßt sich aus dem Verbot des § 276 Abs. 2 BGB ablesen, daß die Haftung für Fahrlässigkeit durch Individualabrede ausgeschlossen werden kann. Die gesetzeskonforme Reduktion dieser Klausel ist also ohne weiteres zu ermitteln.<sup>6</sup>

Die Ergänzung eines nur teilweise geregelten Rechtsgeschäfts kann sich auch aus ungeschriebenem dispositivem Recht ergeben, wenn und soweit sich bereits ein typischer Regelungsbestand herauskristallisiert hat.<sup>7</sup> So läßt sich selbst bei einem Automatenaufstellervertrag die lückenhafte Parteiabrede durch ergänzende Heranziehung gesetzlicher Vorschriften ausfüllen.<sup>8</sup>

b) Auch bei einem Verstoß gegen die guten Sitten oder ein Gesetz, das nur die äußersten Schranken der Privatautonomie festsetzt, ist eine Reduktion grundsätzlich möglich. Sie ist insbesondere nicht davon abhängig, daß das Gesetz oder die guten Sitten die Aufrechterhaltung zugunsten einer Partei erfordern. Oft mag es zwar in diesen Fällen am entsprechenden (hypothetischen) Willen fehlen; ist er aber gegeben, so läßt sich kein Argument gegen die Reduktion ermitteln, schon deshalb nicht, weil den Parteien ein entsprechender Neuabschluß möglich wäre.

<sup>4</sup> Vgl. statt vieler *Larenz* I § 6 I.

<sup>5</sup> Vgl. z. B. die „unmittelbare Geltung“ von Art. 13 Abs. 2 und 103 Abs. 1 GG und dazu oben § 4 V 1. Fehl geht deshalb die Kritik von *Zimmermann* S. 83, eine teleologische Reduktion des § 138 BGB mit drei weitläufigen und unbestimmten Gegenausnahmen, wie *Lindacher* AcP 173, 124 ff. sie vorschläge, sei keine kunstvolle Rechtsanwendung mehr. Das Problem ist schließlich in seiner Parallelerscheinung bei der Abgrenzung des Konkretisierungsprimats des Gesetzgebers gegenüber dem kontrollierenden Richter eine zwar heftig diskutierte, aber von der Fragestellung her allgemein akzeptierte Streitfrage.

<sup>6</sup> Zu der prinzipiellen Gleichwertigkeit von Inhalts- und Schrankennormen vgl. schon § 13 III 2 c.

<sup>7</sup> *Stein* § 6, 16; ähnlich *Wolf* S. 292.

<sup>8</sup> *Larenz* II § 63 IV. BGHZ 51, 55, 57 ff. hatte das bei diesem Vertragstyp noch abgelehnt.



Freilich ist in diesen Fällen eine Reduktion auf das angemessene Maß und nicht auf das eben noch sittenkonforme Niveau vorzunehmen. Einmal hat der Richter auch insoweit die privatautonome Regelungsbefugnis zu achten. Zum anderen verträge es sich nicht mit der richterlichen Stellung, das eben noch Akzeptable zu finden; der Richter hat vielmehr das Mittelmaß zu ermitteln; das läßt sich auch aus § 315 Abs. 3 BGB ablesen. Gerade in solchen Fällen wird oft fraglich sein, wie eine gesetzes- oder sittenkonforme Fassung des Rechtsgeschäfts geschaffen ist. Keinesfalls kann ein völlig anders geartetes Geschäft als sittenkonforme Fassung des partiell nichtigen angesehen werden – abgesehen davon, daß es in diesen Fällen oft schon am entsprechenden (hypothetischen) Willen fehlen wird.<sup>9</sup>

c) Man kann in diesem Zusammenhang von der zunehmenden Regelungskompetenz des Richters sprechen. Je genauer die im Rechtsgeschäft – eventuell erst im Wege der ergänzenden Auslegung, damit der von den Parteien angelegten Gesamtkonzeption, ermittelte –, im Gesetz oder im Gewohnheitsrecht vorgesehene Regelung ist, desto eher ist der Richter zur Findung der gesetzeskonformen Fassung berufen.

## II. Der Einfluß des Schutzcharakters der Norm

Allerdings gelten die soeben entwickelten Regeln nur im Grundsatz. Sie sind insbesondere anzuwenden, wenn der Schutzzweck des Gesetzes nicht die Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts fordert, wie bei § 1 GWB oder bei zusammengesetzten Verträgen. Dient das Gesetz seiner Konzeption nach jedoch den Interessen eines Partners, so resultieren daraus Besonderheiten.

1. Ist in einem Vertrag eine Reihe von AGB-Klauseln nichtig und wird auch keine der Ergänzungsmöglichkeiten durch den Vertrag nahegelegt,<sup>10</sup> so muß dennoch Gesamtnichtigkeit als Konsequenz der nur bruchstückhaften Regelung durch das teilweise nichtige Rechtsgeschäft gerade unter Berücksichtigung des Zwecks des § 6 Abs. 1 AGBG die Ausnahme bleiben.<sup>11</sup> Insofern gelten ähnliche Grundsätze wie bei § 6 Abs. 3 AGBG, wenn auch die Subsumtion der mangelhaften Vorregelung unter die Norm falsch ist;<sup>12</sup> es geht hier nicht um die Frage der Unzumutbarkeit,<sup>13</sup> son-

<sup>9</sup> Verneint man im Fall BGHZ 68, 204, 208 das Vorliegen des Schutzcharakters des § 138 BGB, so erweist sich die Entscheidung wohl aus dem im Text genannten Gesichtspunkt als richtig; für die vom Berufungsgericht OLG Stuttgart JZ 1975, 572, 573 angenommene Anrechnungsbefugnis ergab sich im Vertrag kein Anhaltspunkt.

<sup>10</sup> MünchKomm/Kötz AGBG § 6, 19.

<sup>11</sup> BGB NJW 1970, 29, 30; 1971, 1034, 1035; 1972, 1227, 1228; 1977, 195, 196; DB 1973, 517, 518; WM 1977, 473, 476; BB 1978, 636, 637; Stein § 6, 16; Wolf S. 292 f.

<sup>12</sup> Ulmer § 6, 10; Stein § 6, 16; Koch/Stübing § 6, 8, 14; wohl auch MünchKomm/Kötz AGBG § 6, 22.

<sup>13</sup> So aber Staudinger/Schlosser § 6, 22; Schlosser § 6, 16; wohl auch der Regierungsentwurf, abgedruckt bei Dietlein/Rebmann Anh. zu § 6 Abs. 3 (= S. 237); Ulmer § 6, 34; Löwe § 6, 13; Palandt/Heinrichs AGBG § 6, 4b; Dietlein/Rebmann § 6, 6. Das teilweise geäußerte Argument, es sei dem Kunden unzumutbar, den Vertrag in anderer Gestalt zu akzeptieren, geht deswegen fehl, weil insoweit ein (feststellbarer) Inhalt der vertraglichen Bindung in aller Regel gar nicht vorliegt, vgl. MünchKomm/Kötz AGBG § 6, 22 mit Fn. 8.

dern um das Problem, ob und inwieweit dem Richter die Feststellung eines sinnvollen Inhalts des Rechtsgeschäfts mittels vertraglicher oder gesetzlicher Regelung möglich ist.

In diesen Fällen dem Kunden ein Wahlrecht zuzubilligen,<sup>14</sup> erscheint schon deswegen als wenig sinnvoll, weil und soweit der Vertragsinhalt sich nicht feststellen läßt. Ist das aber möglich, so ist den Interessen des Kunden durch die Kontrolle anhand des AGBG nach der Konzeption des Gesetzes hinreichend Rechnung getragen; insofern gilt das zum Rücktritt beim Wucherdarlehen Gesagte entsprechend.<sup>15</sup> Ausnahmen kann durch das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage Rechnung getragen werden.<sup>16</sup>

Ob der Vertrag unter Verwendung von AGB geschlossen ist oder die zu beanstandenden Klauseln individuell vereinbart wurden, spielt keine Rolle, wenn und soweit sich die Schutzwürdigkeit des Kunden aus dem jeweiligen Gebots- und Verbotsgebot sowie den Umständen des Vertrages folgern läßt.

2. a) Anders ist die Rechtslage dagegen zu beurteilen, wenn das Schicksal des Vertrages nicht in Frage steht, es vielmehr darum geht, ob und mit welchem Inhalt eine teilweise rechtswidrige AGB-Klausel aufrechterhalten werden kann. Diese Reduktion ist nicht durch das Interesse des schutzwürdigen Teils geboten, sondern dient nur dem Verwender. Da er für sich in Anspruch nimmt, einseitig die Vertragsbedingungen vorzuregulieren, sind an die exakte Formulierung der Klauseln hohe Anforderungen zu stellen.

(1) Freilich ist es auch hier möglich, auf detaillierte Regelungen im Gesetz zurückzugreifen, wie diese insbesondere durch den Klauselkatalog der §§ 10 f. AGBG vorgegeben sind. Aus § 11 Nr. 7 AGBG ist z. B. ersichtlich, daß das dort kodifizierte Verbot sich nicht auf die Freistellung von Haftung für leichte Fahrlässigkeit bezieht. Diese Ersetzungsfunktion der §§ 10 f. AGBG widerspricht nicht § 6 Abs. 2 AGBG. Weder aus dem Wortlaut der Norm noch aus dem Gesamtkonzept des AGBG ist ein unbedingter Primat des dispositiven Rechts bei partieller Nichtigkeit von AGB-Klauseln abzuleiten.<sup>17</sup> Insbesondere liegt in der unterschiedlichen Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 9 AGBG und §§ 10 f. AGBG auch kein Wertungswiderspruch.<sup>18</sup> Schon die Prämisse, eine Verletzung gegen §§ 10 f. AGBG stelle in jedem Fall einen besonders schweren und eindeutigen Regelverstoß dar,<sup>19</sup> ist nicht in allen Fällen zwingend; eine Kollision mit §§ 10 f. AGBG hat nicht unbedingt zur Voraussetzung, daß die Regelung sachlich unangemessen ist,<sup>20</sup> bei § 9 AGBG ist dies hingegen notwendig zur Erfüllung des Tatbestandes. Wenn ferner der Präven-

<sup>14</sup> Däubler JuS 1971, 402 f.

<sup>15</sup> Vgl. oben § 18 II 5 b (2).

<sup>16</sup> Dieses Institut zieht auch Däubler JuS 1971, 403 zur Begründung seiner Ansicht heran.

<sup>17</sup> Vgl. oben § 8 I 1 e.

<sup>18</sup> So aber Ulmer NJW 1981, 2029; Capelle/Canaris § 15 I 3 e will bei einem Verstoß gegen § 9 AGBG reduzieren, während eine § 11 AGBG verletzende Klausel wegen der Evidenz des Verstoßes totalnichtig sein soll.

<sup>19</sup> Ulmer NJW 1981, 2029.

<sup>20</sup> BGHZ 77, 79, 86.

tionsgedanke in diesem Zusammenhang keine Relevanz entfaltet, da §§ 13 ff. AGBG eine Sonderregelung treffen,<sup>21</sup> so kann die Evidenz des Verstoßes nicht zur Verschärfung der Rechtsfolgen führen. Unter dem Transparenzgesichtspunkt besteht der Unterschied zu § 9 AGBG in der exakten Vorregelung durch den Gesetzgeber, deretwegen der Richter nicht eigenmächtig die Grenze des Erlaubten festlegen muß, sondern auf gesetzliche Normierung zurückgreifen kann. Es wäre dem Verwender in aller Regel unschwer möglich, die betroffenen Bestimmungen der §§ 10 f. AGBG in seine AGB einzubeziehen; das müßte zur Teilnichtigkeit führen, da die (reduzierte gesetzeskonforme) Fassung dann von ihm getroffen wäre.<sup>22</sup> Was den Aspekt einer klaren Regelung angeht, so wäre schon deswegen kaum ein Unterschied festzustellen, weil auch in solchen Fällen zur Ermittlung des gesetzlich zulässigen Inhalts das AGBG vom Kunden herangezogen werden müßte. Ob das AGBG einen stets angemessenen Interessenausgleich herbeigeführt hat,<sup>23</sup> kann hier dahinstehen. Insoweit dem Verwender eine zu weit gehende Rechtsstellung ermöglicht und ihm auch die Grenze des gerade noch Zulässigen markiert zu haben, stellt aber jedenfalls nur einen Fehler des Gesetzgebers dar und ist darum der richterlichen Korrektur entzogen.<sup>24</sup>

Die Regelung muß sich aber aus dem Gesetz ohne Schwierigkeit entnehmen lassen. Keine Reduktion ist dem Richter grundsätzlich möglich, wenn sich die gesetzeskonforme Fassung nur unter Heranziehung einer Vielzahl von Normen ermitteln läßt. Denn dann würde der Richter doch im Interesse der stärkeren Partei tätig; das ist ihm verwehrt.<sup>25</sup> Von vornherein scheidet eine Reduktion auch aus, wenn das Gesetz ausdrücklich einen entsprechenden Hinweis oder eine exakte Fassung vorschreibt, wie dies in §§ 11 Nr. 10b AGBG, 4 Abs. 2 AbzG vorgesehen ist;<sup>26</sup> bei Verstoß sind die Klauseln nichtig.

(2) Ist aus dem Gesetz keine Vorregelung ersichtlich, was vor allem bei einem Verstoß gegen § 9 AGBG oder § 138 BGB der Fall sein kann, so sind nach dem Gesagten an entsprechende rechtsgeschäftliche Abreden – die insbesondere als salvatorische Klauseln vereinbart sein werden – wegen der Pflicht zur Transparenz strenge Anforderungen zu stellen.

Exakte Klarheit der entsprechenden Klauseln zu fordern, legitimiert sich schon daraus, daß diese Klauseln nach § 5 AGBG eng und im Zweifel gegen den Aussteller auszulegen sind. Das gilt nicht nur für die vom Verwender intendierte Regelung, sondern auch für das von ihm gestellte Ersatzwerk. In diesem Zusammenhang gewinnt die Argumentation an Bedeutung, es sei bei Rechtswidrigkeit der Klausel in ihrer vorliegenden Fassung nicht Aufgabe des Gerichts, die eben noch mit dem

---

<sup>21</sup> Vgl. oben §§ 8 I 1 e, 18 III.

<sup>22</sup> Vgl. sogleich (2) und schon oben § 8 I 1 c.

<sup>23</sup> Das bezweifelt zu Recht z. B. *Ulmer* NJW 1981, 2029; s. auch Fn. 39.

<sup>24</sup> Vgl. *Canaris* Lücken S. 73 ff.

<sup>25</sup> Vgl. dazu oben § 6 II 3 mit Fn. 185 f. und genauer unten § 20 II 2 a (2).

<sup>26</sup> Vgl. oben § 8 I 1 e und § 18 I 2.

Gesetz zu vereinbarende Fassung zu finden;<sup>27</sup> vielmehr ist dies Obliegenheit des Verwenders nach den im Rahmen des AGBG geltenden Grundsätzen. Demgemäß ist auch das Ersatzwerk nach den Maßstäben des AGBG zu prüfen, da es genau wie die anderen Klauseln Inhalt der AGB ist.<sup>28</sup> Daraus ergibt sich freilich auch, daß die Stellung konkreter Ersatzklauseln bei AGB kein Verstoß gegen § 6 Abs. 2 AGBG sein kann. Das folgt aus dem Wortlaut, der dispositives Recht für anwendbar erklärt, soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteile geworden sind.<sup>29</sup> Die konkreten Ersatzklauseln sind aber gerade einbezogen worden. Ebenso liegt kein Umgehungsgeschäft vor;<sup>30</sup> sind nämlich AGB generell zulässig, so verbietet § 6 Abs. 2 AGBG die Aufstellung von Ersatzklauseln auch seinem Zweck nach nicht, daher ist für eine analoge Anwendung kein Raum.<sup>31</sup>

Geeignet als formularmäßige salvatorische Klauseln sind demgemäß nur Ersatzabreden, die exakt festlegen, was anstelle einer eventuell nichtigen Klausel zu gelten hat.<sup>32</sup> Unwirksam sind dagegen formularmäßige Abreden, denen zufolge der Verwender befugt sein soll, eine dem wirtschaftlichen Erfolg der unwirksamen AGB-Klausel möglichst nahekommende Bestimmung zu treffen.<sup>33</sup> Hier wäre nicht ersichtlich, welche Regelung im Einzelfall gelten soll. Solche salvatorischen Klauseln durch geltungserhaltende Auslegung dahin gehend zu entschärfen, daß nur eine Ersatzklausel vom Verwender bestimmt werden könne, die nach der Wertung des § 6 Abs. 2 AGBG gleichermaßen wie das dispositive Recht akzeptabel sei,<sup>34</sup> vermag das Problem nicht zu lösen. Auch dann kann der Kunde dem Klauselwerk nicht entnehmen, welche konkreten Rechte er hat und welche Pflichten ihn treffen. Daß der AGB-Verwender damit verpflichtet wird, für alle möglicherweise nichtigen Klauseln Ersatzbestimmungen in seine AGB aufzunehmen,<sup>35</sup> ist kein relevantes Gegenargument, sondern liegt in Konsequenz des AGBG. Schließlich soll den, der für sich in Anspruch nimmt, den Vertragsinhalt weitgehend vorzuregulieren, das Risiko treffen, daß sich diese Bestimmungen als unwirksam erweisen.<sup>36</sup> Zudem ergäbe sich

<sup>27</sup> Vgl. schon Fn. 25. Die Literatur beruft sich auf diese Grundsätze (zum Teil fälschlich) zur Ablehnung der Teilnichtigkeitsklärung von AGB; vgl. oben § 8 I 1 a mit Fn. 2 und 3.

<sup>28</sup> Koch/Stübing § 6, 4, die die Klauseln unter der Rechtsbedingung stehend sehen, daß bestimmte andere AGB-Klauseln unwirksam sind.

<sup>29</sup> Das gilt auch, wenn der Wortlaut des § 6 Abs. 2 AGBG („soweit“) durch den Wortlaut des § 9 Abs. 1 AGBG („wenn“) relativiert wird; vgl. dazu oben § 8 I 1 e (1).

<sup>30</sup> In diese Richtung scheint aber Palandt/Heinrichs AGBG § 6, 3 zu tendieren, vgl. Garnn JA 1981, 152 Fn. 10.

<sup>31</sup> Vgl. zur Problematik der Gesetzesumgehung schon § 19 I 3 a.

<sup>32</sup> Vgl. dazu auch die (parallelen) Grundsätze oben § 19 I 3 b, die für einen Verzicht auf dispositive Rechte mittels AGB und entsprechende Totalnichtigkeitsklauseln aufgestellt wurden.

<sup>33</sup> A. A. aber Garnn JA 1981, 152 ff.; Baumann NJW 1978, 1955; wie hier Koch/Stübing § 6, 5.

<sup>34</sup> Garnn JA 1981, 153; a. A. Baumann NJW 1978, 1955.

<sup>35</sup> Garnn JA 1981, 154.

<sup>36</sup> Vgl. MünchKomm/Kötz AGBG § 5, 6; § 6, 13; Ebel DB 1979, 1976; a. A. Baumann NJW 1978, 1955.

sonst ein unterschiedlicher Maßstab im Vergleich zu konkreten Ersatzbestimmungen. Diese nur dann für zulässig zu erachten, wenn auch sie zu einem gerechten Ausgleich zwischen den Interessen beider Parteien führen,<sup>37</sup> scheitert schon daran, daß das AGBG nur einen gewissen Mindeststandard sichert und nicht ersichtlich ist, wieso in dieser Hinsicht Ersatzklauseln anderen Regeln unterworfen werden sollten.<sup>38, 39</sup> Insbesondere ergäben sich ansonsten Unterschiede zu Klauseln, die von vornherein ausdifferenziert, aber teilweise rechtswidrig sind und daher nur der Teilnichtigkeit verfallen; dies würde ohne hinreichenden Grund redaktorisch geschickte Verwender privilegieren.

Allerdings kann sich die gesetzeskonforme Fassung auch aus dem Gesamtzusammenhang ergeben. Die bisherigen Ausführungen heißen nicht, daß neben dem Wortlaut nicht auch andere Auslegungsmittel herangezogen werden dürfen; der Wortlaut hat nur wegen des Transparenzerfordernisses bei der Auslegung von AGB-Klauseln einen besonders wichtigen Stellenwert. Zurücktreten kann er aber z. B., wenn der Vertrag unabhängig vom Vorliegen von AGB eine gewisse über den Wortlaut hinausgehende Regelung nahelegt.<sup>40</sup> Lassen sich Rechte und Pflichten schon aus dem Charakter des Vertrages ableiten, wenn man die fraglichen Klauseln außer acht läßt, so können jene als gesetzeskonforme Fassung zugrunde gelegt werden, auch wenn die Ausformung der betreffenden Rechte in den AGB gegen § 9 AGBG verstieß. Geht also bei einem Praxistausch zweier Ärzte<sup>41</sup> das in AGB vereinbarte Rückkehrverbot über die nach § 9 Abs. 1 AGBG zulässige Frist hinaus, so entfällt eine entsprechende Pflicht nicht ersatzlos; bei Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung könnte nämlich ein Rückkehrverbot im Umfang von 3 Jahren<sup>42</sup> im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung aus dem Gesamtzusammenhang erschlossen werden. Es werden dies insbesondere die Fälle sein, in denen sich auch über den konkreten Vertrag hinaus ein feststehender Regelungsgehalt eines nicht kodifizierten Vertragstypus abzuzeichnen beginnt.<sup>43</sup> Daneben können auch Regelungen im Klauselwerk selbst den gesetzeskonformen Inhalt mit hinreichender Prä-

---

<sup>37</sup> *Garnn* JA 1981, 155.

<sup>38</sup> Vgl. *Ulmer* § 6, 26; *Koch/Stübing* § 6, 4.

<sup>39</sup> Insofern ist an dem Zustand, daß dem Verbraucher durch das AGBG *günstigstenfalls* die Vorschriften des BGB-Vertragsrecht zugeteilt, dem Unternehmer sie *schlimmstenfalls* zugemutet werden (*Reinhard* DuR 1977, 263; *MünchKomm/Gerlach* vor § 13, 20 mit Fn. 38) *de lege lata* wohl nichts zu ändern.

<sup>40</sup> In diesem Punkt berührt sich die hier vorgeschlagene Lösung mit der Konzeption *Ulmers* NJW 1981, 2030f. – Hier kann ein Unterschied zwischen Individualstreit und abstraktem Verfahren daraus resultieren, daß Besonderheiten des konkreten Vertrages nur in jenem berücksichtigt werden können.

<sup>41</sup> Fall nach BGHZ 16, 71 ff. Die Regelung einer derartigen Frage in AGB dürfte zwar ungewöhnlich sein, ist aber grundsätzlich möglich. Vgl. auch BGH NJW 1982, 870, 872; 1982, 1747, 1748.

<sup>42</sup> Vgl. BGHZ 16, 71, 81.

<sup>43</sup> Vgl. *Larenz* NJW 1963, 740. – Auch wenn kein hinreichender Anlaß für die Kodifizierung eines Rückkehrverbots besteht, kann von unkodifiziertem dispositiven Recht gesprochen werden, vgl. auch schon bei Fn. 8.

zision vorgeben, wenn dieser Fall auch strengen Anforderungen unterliegt. Es entspricht dies der Meinung der Rechtsprechung, daß bei Vorliegen von AGB trotz der für den Richter angezeigten Zurückhaltung eine ergänzende Auslegung grundsätzlich möglich ist.<sup>44</sup>

(3) Eine besondere Problematik stellt sich bei Klauseln, in denen Rechte der Kunden abbedungen werden, „soweit es gesetzlich zulässig ist“.

(a) Zwar überzeugt die h. M., solche Regelungen seien als unverständlich zu verwerfen,<sup>45</sup> jedenfalls dann nicht, wenn das Gesetz eine exakte Vorregelung getroffen hat. Ist es nämlich möglich, eine gesetzwidrige Klausel anhand des aus dem Gesetz direkt entnehmbaren Maßstabes aufrechtzuerhalten, so müßte das an sich auch für die genannte Klausel gelten. Unter dem Aspekt des Verständlichkeitsgebots ist diese nämlich ebenso transparent wie eine den Verwender nach ihrem Wortlaut zu stark begünstigende Klausel; diese wird nach den oben dargestellten Grundsätzen lediglich für teilnichtig erklärt.<sup>46</sup> Gegen die Zulässigkeit spricht aber, daß der Verwender sich dadurch seiner Obliegenheit entziehen könnte, den Inhalt exakt vorzuformulieren. Im Extremfall könnte er etwa alle gesetzlich ausschließbaren Rechte des Kunden pauschal zu seinen Gunsten abdingen.<sup>47</sup> Insbesondere liefe bei solchen Klauseln das Verfahren nach §§ 13 ff. AGBG leer.<sup>48</sup> Während nämlich bei einer teilweise rechtswidrigen Klausel dem Verwender durch dieses Verfahren die weitere Benutzung gerichtlich untersagt werden könnte, ist das bei einer Verweisung auf das „gesetzlich zulässige Maß“ nicht möglich, obwohl in beiden Fällen die Gefahr gleich groß ist, daß der Kunde durch die Klausel von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Das aber widerspräche der Politik des Gesetzes.<sup>49</sup> Die genannte Bedingung ist also nicht wegen der Anforderung an die exakte Erkennbarkeit ihres Inhalts, sondern wegen Verstoßes gegen dieses Ziel des AGBG unzulässig. Dogmatisch gesehen liegt in einer solchen Formulierung eine unangemessene Benachteiligung der Vertragspartner im Sinne von § 9 Abs. 1 AGBG; diese ist in der Verwendung einer (auch im abstrakten Verfahren nach §§ 13 ff. AGBG) nicht nachprüfbaren Klausel zu erblicken.<sup>50</sup> Im übrigen müßte auch die h. M. jedenfalls im

<sup>44</sup> Vgl. § 6 Fn. 187.

<sup>45</sup> OLG Stuttgart NJW 1981, 1105, 1106; LG München I BB 1979, 702; *Palandt/Heinrichs* AGBG vor § 8, 3b, *Ermann/H. Hefermehl* AGBG § 6, 9; MünchKomm/Kötz AGBG § 6, 13 (wenn der Verwender bewußt eine gegen das AGBG verstoßende Klausel in seine AGB aufgenommen habe und die Verweisung auf das gesetzlich zulässige Maß als zusätzliche salvatorische Klausel verwende); *Löwe* § 5, 8; *ders.* BB 1982, 158; *Staudinger/Schlosser* § 6, 11; *ders.* WM 1978, 569; *von Westphalen* DB 1978, 2064; *ders.* NJW 1979, 840; *Kroppen* S. 101; *Garnn* JA 1981, 152; *Dittmann/Stahl* Rdn. 243; a. A. MünchKomm/Kötz AGBG Nachtrag § 6, 13; *Thümmel/Oldenburger* BB 1979, 1067; *Ebel* DB 1979, 1976; differenzierend *Willenbruch* BB 1981, 1978.

<sup>46</sup> Vgl. oben § 8 I 1 e.

<sup>47</sup> Vgl. *Schlosser* WM 1978, 569, *Willenbruch* BB 1981, 1978.

<sup>48</sup> *Löwe* BB 1982, 158 mwN. in Fn. 23.

<sup>49</sup> Vgl. oben § 8 I 1 e.

<sup>50</sup> In diese Richtung auch MünchKomm/Kötz AGBG Nachtrag § 6, 13; *von Westphalen* NJW 1979, 840; vgl. auch *Graba* § 9, 55.

Unterlassungsverfahren auf dieses Argument rekurrieren, da § 5 AGBG dort keinen Prüfungsmaßstab abgibt.<sup>51</sup>

Es ist daher konsequent, daß Ziff. 10 Abs. 1 Satz 3 AGB der Privatbanken, wonach die Haftung für Kreditauskünfte der Banken ausgeschlossen wird, soweit dies im Rahmen der Rechtsordnung möglich sei, im Verkehr mit nichtkaufmännischen Kunden als nichtig angesehen wird.<sup>52</sup> Denn die Bank könnte ohne weiteres den Haftungsmaßstab des § 11 Nr. 7 AGBG in ihren Bedingungen niederlegen. Bei der jetzigen Fassung bleibt der Kunde über den konkreten (zulässigen) Umfang im Dunkeln, ohne eine Klärung über die Reichweite der Klausel in dem vom Gesetz vorgesehenen Weg gemäß §§ 13 ff. AGBG herbeiführen zu können.

(b) Dieselben Regeln gelten grundsätzlich, wenn keine exakten gesetzlichen Normierungen vorliegen, sondern § 9 AGBG als Prüfungsmaßstab einschlägig ist.<sup>53</sup> In besonders gelagerten Fällen kann hier allerdings dem Verwender eine exakte Ausformulierung nicht möglich oder nicht zumutbar sein. Bei strittigen und höchststrichterlich nicht geklärten<sup>54</sup> Fragen bedeutet die Verweisung auf das gesetzliche Zulässige keine unangemessene Benachteiligung des Kunden im Sinne von § 9 Abs. 1 AGBG, wenn und soweit eine ausdifferenzierte Klausel nicht niedergelegt werden kann.

Diese Ausnahme ist allerdings eng zu fassen, da sonst der Verwender wiederum die Obliegenheit der genauen Formulierung auf den Richter abwälzen könnte. Für eine großzügigere Handhabung spricht auch nicht, daß es dem Verwender möglich sein muß, selbst nach höchststrichterlicher Klärung eine andere Rechtsauffassung zu vertreten und auf Änderung der Rechtsprechung zu hoffen.<sup>55</sup> Soweit er nicht durch ein rechtskräftiges Urteil aufgrund eines Verfahrens nach §§ 13 ff. AGBG gehindert ist, kann er seiner Ansicht jedenfalls dadurch Rechnung tragen, daß er sie in ausformulierter Form in sein Klauselwerk aufnimmt und eventuell durch eine konkrete salvatorische Klausel absichert. Schon aus diesem Grund ist Ziff. 10 Abs. 1 Satz 3 AGB der Privatbanken auch bei Verwendung gegenüber Kaufleuten unwirksam,<sup>56</sup> eine genau gefaßte Haftungsausschlußklausel könnte in die AGB aufgenommen werden.<sup>57</sup> Dies gilt um so mehr, als der BGH bisher wohl die den Banken günstigere

---

<sup>51</sup> Vgl. oben § 6 I 4 a, b.

<sup>52</sup> *Von Westphalen* WM 1980, 1415; *Erman/H. Hefermehl* AGBG § 6, 9; *Staudinger/Schlosser* § 11 Nr. 7, 28; i. E. auch *Canaris* Bankrecht Rdn. 2597; a. A. *Brandner* Anhang §§ 9–11, 158; *Kümpel* WM 1977, 697; *Rehbein* DB 1977, 1351; *Lwowski* Die Bank 1978, 127.

<sup>53</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 45; gegen die dort als abweichende Ansicht Zitierten spricht hier entscheidend, daß der Verwender den Richter zur Findung eines ihm möglichst günstigen Klauselwerks mißbrauchen könnte.

<sup>54</sup> So *Schlosser* WM 1978, 569; *Staudinger/Schlosser* § 11 Nr. 7, 29 für den Fall, daß sehr differenzierte Regelungen aufgestellt werden müßten, um dem AGBG zu genügen (gegen eine solche Fassung einer Ausnahme schon oben 2a (2)); wohl auch *von Westphalen* WM 1980, 1415; a. A. *Canaris* Bankrecht Rdn. 2596 (vgl. dazu sogleich im Text).

<sup>55</sup> So die Argumentation von *Canaris* Bankrecht Rdn. 2596.

<sup>56</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 52; anders hier aber *Canaris* Bankrecht Rdn. 2596, 2598.

<sup>57</sup> *Von Westphalen* WM 1980, 1415.

Ansicht vertritt.<sup>58</sup> Der strengere Maßstab in der Literatur zur Haftung für Verschulden nichtleitender Angestellter<sup>59</sup> kann nicht dazu führen, daß es den Banken unzumutbar wäre, die Meinung des BGH – eventuell unter Hinzufügung einer konkreten salvatorischen Klausel – ihren AGB zugrunde zu legen.<sup>60, 61</sup>

(4) Schwierigkeiten bringt auch eine Kollision zwischen institutionellen Schranken und § 9 AGBG mit sich; das sei hier am Beispiel des § 343 BGB demonstriert. Wäre eine in AGB vorgesehene Vertragsstrafe jeweils nach § 343 BGB herabsetzbar, so fehlte es insoweit auch bei zu weit gehenden Klauseln am Verstoß gegen das höherrangige Recht des § 9 AGBG. Das hätte zur Folge, daß die Inhaltskontrolle in diesen Fällen leerliefe. Man kann sich zur Rechtfertigung dieses Ergebnisses nicht auf das Argument zurückziehen, es sei Folge der mangelnden Abstimmung von § 343 BGB und § 9 AGBG. Insbesondere könnte nämlich das Verfahren nach §§ 13 ff. AGBG hier keine Wirkung entfalten,<sup>62</sup> was das AGBG in solchen Konstellationen eines wesentlichen Institutes berauben würde. § 9 AGBG geht daher insoweit § 343 BGB vor.<sup>63</sup> Dieses Ergebnis wird gestützt, wenn die Klausel gegenüber Kaufleuten verwendet wird. Hier kommt wegen § 348 HGB eine Herabsetzung nicht in Frage; die Abrede ist nichtig.<sup>64</sup> Es wäre eine merkwürdige Konsequenz,

<sup>58</sup> BGHZ 20, 164, 167; 70, 356, 364 f.; BGH WM 1973, 1238, 1241; 1974, 1118, 1119; 1978, 303, 304; 1980, 287, 288; VersR 1979, 187 f.; LM Nr. 4 zu § 276 (Db) BGB; *Palandt/Heinrichs* AGBG § 11, 7 c; *Erman/Battes* § 276, 81; *Canaris* Bankrecht Rdn. 2603; vgl. auch die weiteren Nachweise bei *von Westphalen* WM 1980, 1415 Fn. 105. Die Rechtsprechung ist allerdings nicht speziell zu bankrechtlichen Fragen ergangen, so daß die Meinung des BGH noch nicht völlig festgelegt ist; an der Möglichkeit einer exakten Formulierung ändert das nichts.

<sup>59</sup> MünchKomm/Kötz AGBG § 11, 53; *Staudinger/Schlosser* § 11 Nr. 7, 52; *Löwe* § 11 Nr. 7, 17; *Koch/Stübing* § 11 Nr. 7, 20; *Stein* § 11, 61.

<sup>60</sup> Das Argument *von Westphalens* WM 1980, 1415, eventuell sei die salvatorische Formulierung in Ziff. 10 Abs. 1 Satz 3 deswegen zulässig, weil im Einzelfall unsicher sein könne, wer bei der Erteilung einer Kreditauskunft als „leitender Angestellter“ anzusehen sei, vermag nicht zu überzeugen. Wer im Zweifel unter den Begriff des „leitenden Angestellten“ zu subsumieren ist, beeinflusst die Formulierung der Klausel nicht und vermag daher auch die salvatorische Fassung nicht zu rechtfertigen.

<sup>61</sup> Im übrigen könnte eine zu weit gehende Klausel auch anhand des Maßstabes des § 11 Nr. 7 AGBG reduziert werden. Zwar ist im Verkehr mit Kaufleuten nur § 9 AGBG Prüfungsmaßstab. Die gesetzliche Vorregelung der §§ 10 f. AGBG kann aber mit einem Erst-Recht-Schluß zur Ermittlung der gesetzeskonformen Fassung herangezogen werden. Sonst würden Klauseln bei Verwendung gegenüber Kaufleuten in weit höherem Maße der Totalnichtigkeit verfallen als im nichtkaufmännischen Verkehr, obwohl hier die Grenzen enger gesteckt sind. Hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, welche Klauseln in Verträgen mit Nichtkaufleuten verwendet werden dürfen, so gilt dies erst recht für Rechtsgeschäfte mit Kaufleuten.

<sup>62</sup> Eine Totalnichtigkeitsklärung im Individualprozeß käme ebenfalls selbst vom Standpunkt der h. M. (vgl. oben § 8 I 1 a) aus nicht in Frage, da keine (partielle) Kollision vorliegt.

<sup>63</sup> So *Löwe* BB 1982, 156; wohl auch MünchKomm/Kötz AGBG § 11, 50; *Stein* § 11, 47; *Belke* DB 1969, 605 f.; bereits vor Erlaß des AGBG BGHZ 60, 377, 384 f.; a. A. *Staudinger/Schlosser* § 11 Nr. 6, 24; *Koch/Stübing* § 11 Nr. 6, 10. Der BGH NJW 1981, 1509, 1510 hat die Frage offen gelassen, weil der Gegner des Verwenders Kaufmann war und daher eine Herabsetzung wegen § 348 HGB ausschied (vgl. auch schon § 7 Fn. 19 mwN.); vgl. auch sogleich im Text.

<sup>64</sup> BGH NJW 1981, 1509, 1510.



wenn in solchen Fällen der Schutz von Kaufleuten weiter reichte als der von nicht-kaufmännischen Kunden. Freilich ist auch hier zu beachten, daß im Einzelfall, insbesondere bei Vorliegen salvatorischer Klauseln, ein Reduktionsmaßstab ersichtlich sein kann. Auch die institutionelle Schranke selbst kann diesen Maßstab vorgeben, wenn sie hinreichend exakte Merkmale nennt, wie dies beispielsweise in § 9 a Abs. 1 Satz 2 ErbbRVO geschehen ist.<sup>65</sup> Im Ergebnis werden die institutionellen Schranken also behandelt wie die übrigen gesetzlichen Verbote, was wegen der oft zufälligen Formulierung – man denke nur an die Unterschiede im Wortlaut zwischen § 616 Abs. 2 Satz 1 BGB und § 63 Abs. 2 Satz 2 HGB – auch ihrer Funktion entspricht.

(5) Folgt die gesetzeskonforme Fassung weder aus dem Gesetz noch aus dem Rechtsgeschäft, wie das bei einem Verstoß gegen die Generalklausel des § 9 AGBG der Fall sein kann, so unterbleibt eine Reduktion der entsprechenden Klausel. Soweit vorhanden, greift dispositives Recht ein; ansonsten entfällt die Regelung. Die Klausel, die Öffnung des gekauften Geräts führe zum Entfallen der Gewährleistungsansprüche, ist also gänzlich nichtig, da sich die reduzierte Fassung weder aus dem Gesetz noch aus dem Rechtsgeschäft ersehen läßt.<sup>66</sup>

Eine Ausnahme ergibt sich, falls die gesetzeskonforme Fassung unmittelbar aus der Reichweite des Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 AGBG ablesbar ist. Kontrolliert man etwa Globalzessionen anhand des § 9 Abs. 1 AGBG,<sup>67</sup> so ist bei einem Verstoß gegen diese Norm auch gleichzeitig der gesetzeskonforme Umfang der Zession deutlich. Ein Verstoß gegen § 9 Abs. 1 AGBG liegt nämlich (zunächst) nur vor, weil und *soweit* die Zession die Verleitung zum Vertragsbruch gegenüber anderen Gläubigern impliziert. Welche Forderungen nicht darunter fallen, ist somit leicht zu ermitteln; die Grenze der unangemessenen Benachteiligung läßt sich also genauso gut erkennen, wie wenn eine dingliche Teilverzichtsklausel vereinbart worden wäre. Dem Richter eröffnen sich hier insbesondere nicht verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten.<sup>68</sup>

(6) Gegen diese strengen Anforderungen an die Vorregelung durch den Verwender läßt sich nicht anführen, eine solche Konzeption verstoße gegen den Rechtsgedanken der §§ 343 BGB, 74 a Abs. 1 HGB, die auch bei ungenauer Regelung eine Reduktion auf das Mittelmaß vorsähen; zudem sei die einseitige Festlegung der

---

<sup>65</sup> Bei institutionellen Schranken sind also zwei Fragen auseinander zu halten: Einmal das Problem, ob trotz der Reduktionsmöglichkeit in § 343 BGB und ähnlichen Normen zu weit gehende Klauseln rechtswidrig sind; das ist nach dem Ausgeführten zu bejahen. Eine davon zu trennende Frage betrifft die Reduktionsmöglichkeit der als (teilweise) rechtswidrig zu behandelnden Klauseln; hier kommt es auf das Vorliegen eines Reduktionsmaßstabes an. Der Unterschied zeigt sich insbesondere im Verfahren nach §§ 13 ff. AGBG.

<sup>66</sup> Vgl. BGH NJW 1980, 831, 832 und dazu oben § 8 Fn. 63.

<sup>67</sup> Zu § 9 Abs. 1 AGBG als Kontrollmaßstab in diesen Fällen vgl. oben § 18 Fn. 47 und Wolf Festschrift für Baur S. 153 ff.

<sup>68</sup> Deswegen und nicht wegen der undifferenzierten salvatorischen Klausel erweist sich die Annahme von Teilnichtigkeit in BGHZ 72, 308, 315 f. als richtig. Dasselbe gilt für die gelterterhaltende Auslegung in BGHZ 79, 16, 22; BGH NJW 1974, 942, 943.

AGB von seiten des Verwenders durch den strengeren Prüfungsmaßstab des § 9 AGBG kompensiert.<sup>69</sup> Diesem Argument widerspricht schon die Konzeption des AGBG, in dem die §§ 3, 5 AGBG zusätzlich zu § 9 AGBG kodifiziert sind. Trotz der Verschärfung der Kontrolle insbesondere gegenüber der Regelung des § 138 BGB behält der Grundsatz der engen Auslegung und der Unklarheitenregelung seinen Stellenwert; insoweit bringt § 24 AGBG auch für Kaufleute keine Sonderregelung. Entscheidend fällt aber auch hier ins Gewicht, daß die Reduktion durch das Gericht zu einer Bevorzugung der stärkeren Partei führen würde, da sie dem Verwender die Obliegenheit exakter Formulierung und genauer Festlegung der ihm zustehenden Rechte abnehmen würde. Schließlich ist die Bedeutung der institutionellen Schranken im Rahmen des AGBG wegen dessen Eigenart ohnehin wesentlich reduziert – wie soeben am Beispiel des § 343 BGB gezeigt wurde.

(7) Der Aspekt der hinreichend klaren Regelung durch den Verwender ist auch das ausschlaggebende Kriterium für die Frage, ob das Klauselwerk insgesamt nichtig ist, oder ob es durch Kontrolle der einzelnen Klauseln anhand höherrangigen Rechts, insbesondere des AGBG, auf ein gesetzeskonformes Maß reduziert werden kann. Letzteres ist sicher dann der Fall, wenn es um die Vereinbarkeit einzelner Regelungen mit zwingendem Recht geht. Verstößt beispielsweise in einem Darlehensvertrag nur die Regelung für den Verzugsfall gegen das AGBG, so ist insoweit Nichtigkeit anzunehmen, ohne daß die übrigen Klauseln oder der Vertrag als ganzer dadurch tangiert würden.<sup>70</sup> Anders ist es, wenn die AGB insgesamt wegen ihrer Kollision mit zwingendem Recht unklar oder unübersichtlich sind. Dann ist das gesamte Klauselwerk nichtig.<sup>71</sup> Sonst würde der Richter doch dazu mißbraucht, aus dieser Vielzahl unklarer und teilweise rechtswidriger Regeln das gesetzlich Zulässige herauszufiltern und somit den Vertrag „neu zu schreiben“. Das ist ihm insbesondere verwehrt, wenn durch eine größere Zahl von Nebenleistungen das Verhältnis zwischen den Hauptleistungspflichten zugunsten des Verwenders soweit als nach § 9 AGBG oder § 138 Abs. 1 BGB zulässig verschoben werden soll. Der Verwender könnte somit auch hier den Richter zur Findung des eben noch Sittengemäßen mißbrauchen, wenn dieser nur die über die äußerste Grenze hinausgehenden Verpflichtungen des Kunden für rechtswidrig erklären könnte und müßte. Aus diesen

<sup>69</sup> In diese Richtung tendiert wohl *Capelle/Canaris* § 15 I 3 e.

<sup>70</sup> *Löwe* NJW 1980, 2079, dessen Grenzziehung allerdings unklar bleibt; vgl. auch BGH LM Nr. 16 zu § 138 (Bc) BGB, wo Klauseln teilweise einschränkend ausgelegt wurden, wodurch der Vertrag als ganzer aufrechterhalten blieb; vgl. aber die abweichende Rechtsprechung, dazu oben § 9 III 1.

<sup>71</sup> Ähnlich *Canaris* ZIP 1980, 713, der mit dem BGH die Unübersichtlichkeit als ein wesentliches Argument bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit ansieht. Aus diesem Grund erweist sich auch BGH NJW 1981, 1206, 1208 f. als richtig, soweit eine Reduktion der AGB abgelehnt wird, nicht jedoch, soweit der Vertrag als gänzlich nichtig angesehen wird. Auch BGH NJW 1977, 195, 196 und WM 1977, 473, 476 ist nur teilweise zuzustimmen. Zutreffend ist, daß bei einer Vielzahl rechtswidriger und unklarer Klauseln die AGB insgesamt nichtig sind. Dies führt entgegen dem BGH aber nur dann zur Nichtigkeit des Vertrages, wenn auf keine Weise erkennbar ist, wie dieser aussehen soll; vgl. auch Fn. 11.

Gründen verbietet es sich auch, mehrere salvatorische Klauseln zu statuieren, die jeweils bei der Nichtigkeit der vorangegangenen eingreifen sollen.<sup>72</sup> Das heißt allerdings nicht, daß damit auch der Vertrag als solcher nichtig ist; Totalnichtigkeit tritt nur ein, wenn wegen des Wegfalls der AGB und Fehlens geschriebenen oder ungeschriebenen dispositiven wie zwingenden Rechts ein Regelungsgehalt des Vertrages nicht mehr mit hinreichender Genauigkeit erschlossen werden kann.<sup>73</sup>

b) Sind die teilweise nichtigen Nebenabreden individuell ausgehandelt, so lassen sich die für AGB-Klauseln geltenden Anforderungen an die Transparenz nicht ungeprüft übertragen.

(1) Wie im Rahmen von AGB kann sich auch hier die zulässige Regelung direkt aus dem Gesetz ergeben, soweit der Gesetzgeber die Grenze genau festgesetzt hat. Da der Präventions- und Sanktionsgedanke als solcher allein kein hinreichendes Argument für die Nichtigkeit der gesamten Abrede darstellt, kann auf die vom Gesetzgeber vorgeschriebene Grenze zurückgegriffen werden. Eine Ausnahme ergibt sich wiederum, wenn das Gesetz ausdrücklich eine Hinweispflicht statuiert hat.

(2) Nach den bereits geschilderten Grundsätzen sind an die Vorregelung mittels individuell vereinbarter salvatorischer Klauseln bei Verwendung von AGB hohe Anforderungen zu stellen.<sup>74</sup> Weil und soweit auch hier dem Kunden nur unter zusätzlicher Heranziehung der AGB zur Interpretation klar ist, auf welche Rechte er verzichtet, müssen die salvatorischen Klauseln die subsidiären Regeln exakt enthalten.<sup>75</sup> Die Vereinbarung eines Bestimmungsrechts für den Verwender oder die Verpflichtung zur Mitwirkung an einer neuen Vereinbarung, die den intendierten wirtschaftlichen Erfolg möglichst weitgehend erreichen soll, genügt diesen Erfordernissen nicht.

(3) Ist der Vertrag oder jedenfalls die betroffene Nebenabrede individuell geregelt, so ist zu differenzieren:

(a) Läßt sich der Umfang der Reduktion nicht dem Gesetz entnehmen, so müssen wegen des Schutzcharakters der Norm die salvatorischen Klauseln exakte Regelungen enthalten. Bestimmungsrechte des wirtschaftlich Überlegenen würden hier wiederum zum Mißbrauch des Richters bei der Verfolgung einseitiger Interessen dienen. Wer zu seinen Gunsten vom dispositiven Recht oder vom Durchschnittsmaß abweicht, muß den Umfang genau bestimmen, um den er seine Befugnisse erweitert; Unklarheiten gehen insoweit zu seinen Lasten, die Abrede ist eng auszulegen.<sup>76</sup> Das wird besonders deutlich, wenn man an den Fall denkt, daß der wirtschaftlich überle-

---

<sup>72</sup> Verwehrt wäre es beispielsweise dem Verwender, mehrere Zinssätze zu vereinbaren, von denen der jeweils niedrigere für den Fall der Nichtigkeit des höheren gelten soll. Der Richter würde dann doch den gerade noch vertretbaren Satz zugunsten des Verwenders ermitteln; dem Klauselwerk fehlt die notwendige Eindeutigkeit.

<sup>73</sup> Vgl. schon oben Fn. 71 und unten III; vgl. auch AG München ZMR 1973, 112, 114.

<sup>74</sup> Vgl. schon oben § 19 I 3b.

<sup>75</sup> So wohl auch Koch/Stübing § 6, 5; a. A. wohl Ulmer § 6, 26.

<sup>76</sup> Palandt/Heinrichs § 133, 5e, bb (falls wesentliche Rechte einer Partei eingeschränkt werden); vgl. auch Luderitz S. 365, der die enge Auslegung offensichtlich nicht auf AGB be-

gene Teil seinem Vertragspartner eine Reihe von Individualvereinbarungen aufzwingt und es dem Richter überläßt, durch Teilnichtigserklärung die nach § 138 BGB noch zulässige Grenze zu finden.

(b) Auch hier genügt es allerdings, wenn sich aus dem Gesamtzusammenhang erschließen läßt, daß unabhängig von den partiell rechtswidrigen Nebenabreden über den Wortlaut hinausgehende Rechte und Pflichten im Vertrag angelegt sind. Zwar sind die Abreden zuungunsten des rechtswidrig Begünstigten eng zu interpretieren, an ihre Präzision sind aber nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie bei der Verwendung von AGB. Daraus folgt, daß stärker als dort auch der in der nichtigen Klausel zum Ausdruck kommende Wille der Vertragsparteien zu berücksichtigen ist. In der Regel hat das zur Konsequenz, daß der Richter auf das Durchschnittsmaß zurückgreifen kann. Folgerichtig hat der BGH ein unbefristetes Konkurrenzverbot bei einer Apothekenpacht auf angemessene Zeit reduziert.<sup>77</sup> Für dieses Ergebnis lassen sich auch die §§ 343, 655 BGB sowie die sonstigen institutionellen Schranken heranziehen, gegen deren Berücksichtigung – anders als bei Vorliegen von AGB – hier nichts spricht. Denn §§ 13 ff. AGBG<sup>78</sup> stehen naturgemäß nicht im Wege; eine präventive Kontrolle rechtswidriger individuell vereinbarter Abreden ist grundsätzlich nicht vorgesehen. Da nach dem Grundgedanken insbesondere der institutionellen Schranken nicht auf das eben noch Erträgliche, sondern auf das Durchschnittsmaß reduziert wird, ist hier auch eine einseitige Inanspruchnahme des Richters für die Interessen der wirtschaftlich überlegenen Partei nicht zu befürchten. Voraussetzung für die Aufrechterhaltung bleibt, daß überhaupt Anhaltspunkte gegeben sind, wie die gesetzeskonforme Fassung aussehen soll. Fehlen solche völlig, so verbleibt es auch hier bei der Totalnichtigkeit. Das kann z. B. der Fall sein, wenn eine Nebenabrede in ihrer vereinbarten Fassung gegen § 138 BGB verstößt und insoweit auch keine verkehrstypische und angemessene Regelung ersichtlich ist.

(c) Eine Ausnahme von den geschilderten Grundsätzen gilt, wenn und soweit entgegen dem ersten Anschein die Fassung des Vertrages nicht aus der Ausnützung der Überlegenheit einer Partei resultiert und daher der Mißbrauch des Richters durch eine Partei nicht zu befürchten ist.<sup>79</sup> Dafür spricht die Kompensation durch Klauseln, die die andere Partei begünstigen, aber auch die Tatsache, daß die Parteien

---

schränkt; a. A. *Soergel/Hefermehl* § 133, 26, in BGH NJW 1959, 38 und JZ 1952, 570, die *Hefermehl* zur Stützung seiner Meinung heranzieht, wurde der Grundsatz der einengenden Auslegung aber nicht verworfen. – BAG AP Nr. 32 zu § 74 HGB betont, daß der Arbeitgeber aus einer unbestimmten Konversionsklausel keine Rechte geltend machen kann, die den in der nichtigen Klausel verankerten möglichst nahe kommen. Auch BGHZ 68, 204, 206 ff. beachtet eine allgemein gehaltene salvatorische Klausel (abgedruckt als Nr. 10 im Tatbestand bei der Vorinstanz OLG Stuttgart JZ 1975, 572) nicht.

<sup>77</sup> BGH NJW 1964, 2203; OLG Stuttgart NJW 1978, 2340; vgl. dazu schon oben § 9 Fn. 130.

<sup>78</sup> Vgl. dazu oben § 20 II 2 a (4).

<sup>79</sup> Ein Verstoß gegen zwingendes Recht (z. B. § 276 Abs. 2 BGB) kann auch bei wirtschaftlich gleich starken Parteien vorliegen.

in gleicher Weise von der Nichtigkeit betroffen sind, der Haftungsausschluß z. B. zugunsten beider Partner vereinbart war. Liegt der entsprechende (hypothetische) Wille vor, so hat der Richter größere Gestaltungsfreiheit.

### III. Das Problem des *iustum pretium*

1. a) Besonders problematisch bleiben die Fälle, in denen die Hauptleistungspflicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt, die verletzte Norm aber den Schutz einer Partei intendiert. Dies gilt insbesondere bei Vorschriften, die nur die äußerste Grenze der Privatautonomie festlegen, ohne daß aus dem Gesetz ersichtlich ist, wie die nichtige Abrede reduziert werden soll. Ein Beispiel dafür bildet § 138 BGB, soweit er eine eklatante Verletzung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung voraussetzt. Hier allerdings ist mangels Abrede im Rechtsgeschäft nicht ohne weiteres ersichtlich, was an die Stelle der nichtigen Vereinbarung treten soll.

Zwar wäre es dem Richter durchaus möglich, das eben noch sittenkonforme Maß festzustellen. Das folgt schon daraus, daß er für jede denkbare Konstellation zu der Prüfung berufen ist, ob ein Verstoß gegen § 138 BGB vorliegt.<sup>80</sup> Wie es aber schon nicht die Aufgabe des Richters ist, das eben noch Sittengemäße zu finden, wenn das Gesetz nicht das Erfüllungsinteresse einer Partei garantiert, so würde ein solches Vorgehen erst recht der richterlichen Aufgabe widersprechen, wenn das zwingende Recht eine Partei schützen soll. Damit nämlich könnte die wirtschaftlich überlegene Partei den Richter einseitig zu ihren Gunsten mißbrauchen, indem sie ihm die Findung des eben noch sittenkonformen Maßes überließe.<sup>81</sup> Das wäre der richterlichen Aufgabe jedoch diametral entgegengesetzt; die Anpassung an das eben noch Sittengemäße ist dem Richter daher verwehrt, unabhängig davon, ob der sittenwidrig Handelnde im Ausnahmefall als gutgläubig angesehen werden kann. Dafür spricht auch §§ 343 Abs. 1 BGB, der gerade bei Schutzbedürftigkeit eines Teils die Herabsetzung auf ein angemessenes Niveau vorsieht.

Im Gegensatz zu der oben abgelehnten Präventiv- und Straffunktion soll hier verhindert werden, daß die stärkere Partei den Richter dazu benutzt, die Grenze dessen zu finden, was die guten Sitten gerade noch zulassen. Insofern läßt sich allerdings von einer gewissen Straf- und Präventivfunktion des Erfordernisses der hinreichend klaren Vorregelung sprechen; ihr Grund liegt aber nicht in dem bewußten Gesetzesverstoß, sondern in dem Verbot, dem überlegenen Teil das Vorregelungsrisiko abzunehmen. Das gilt um so mehr, als (und soweit) es sich um Bereiche handelt, die von der Rechtsordnung ausschließlich oder weitgehend der Kompetenz

---

<sup>80</sup> *Lindacher* AcP 173, 132; vgl. auch schon oben § 14 II 2b; a. A. *Zimmermann* S. 44 mit Nachweisen in Fn. 72, der ein Argument dafür schuldig bleibt, worin die „Unterschiedlichkeit der Situation“ gegenüber der Feststellung, ob ein konkreter Vertrag wucherisch ist, bestehen soll; wie *Zimmermann* aber *Ulmer* NJW 1981, 2031.

<sup>81</sup> Vgl. Fn. 25 und 27.

der Parteien zugeordnet sind, wie das insbesondere bei der Festlegung von Leistung und Gegenleistung der Fall ist.

b) Selbst in diesen Fällen kann sich aber aus dem Gesetz ergeben, wie die gesetzeskonforme Fassung ermittelt werden kann.

(1) So sehen beispielsweise Preisvorschriften zwar Höchstpreise vor, sie sind also auf den ersten Blick als äußerste Schranken konzipiert. Dennoch haben sie in aller Regel die Funktion, den Preis wenigstens ungefähr auf dem von dem Gesetzgeber vorgesehenen Niveau festzuschreiben.<sup>82</sup> Es ist daher davon auszugehen, daß in solchen Fällen der aufgrund des Preisgesetzes unschwer feststellbare Preis der vom Gesetzgeber gewollte ist: auch in diesem Fall ist also hinreichende Vorregelung gegeben. Der Richter wird hier also nicht von der wirtschaftlich stärkeren Partei mißbraucht, das eben noch vertretbare Maß zu finden, vielmehr hat bereits der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, welche Höhe er für angemessen hält. Gerade in Zeiten schlechter Versorgung – in denen solche Höchstpreisvorschriften hauptsächlich zur Anwendung kommen – wird sich zudem kein niedriger Marktpreis herausbilden.

(2) Auch bei einem Verstoß gegen § 138 BGB kann der Maßstab der Reduktion ersichtlich sein. Das ist insbesondere der Fall, wenn das Verdikt der Sittenwidrigkeit sich nicht an die Disproportionalität der beiderseitigen Leistungspflichten knüpft, sondern wegen anderer Verstöße ausgesprochen wird – wie z. B. wegen der Verleitung zum Vertragsbruch bei der Konkurrenz zwischen Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt, wenn hierin ein Verstoß gegen § 138 BGB gesehen wird und die Zession Hauptpflicht des Vertrages ist. Hier gelten dieselben Grundsätze, wie sie oben bei § 9 AGBG dargestellt wurden.<sup>83</sup> Ist also die Reichweite des Verstoßes aus dem Prüfungsmaßstab unmittelbar ablesbar, so ist damit die Grenze durch das Gesetz vorgegeben.

Ebenso ist auch für Testamente zu entscheiden, die wegen der Zurücksetzung naher Verwandter gegenüber der Geliebten gegen die guten Sitten verstoßen. Die unterschiedlichen Ergebnisse in der Rechtsprechung resultieren – wie gezeigt – daraus, daß der Maßstab der Sittenwidrigkeit aufgrund verschiedener Kriterien gewonnen wird.<sup>84</sup> Stehen diese aber fest – wobei den dafür relevanten Grundsätzen hier nicht näher nachgegangen werden kann –, so resultiert daraus der Umfang des aufrechterhaltbaren Restes von selbst, ohne daß hier der Richter die letztwillige Verfügung umgestalten müßte. Dies gilt um so mehr, als das Erbrecht der möglichst weitgehenden Verwirklichung des Erblasserwillens dient – zumindest soweit es um Testamente geht.

---

<sup>82</sup> Vgl. z. B. BGHZ 51, 175, 184: § 5 Abs. 1 der BaupreisVO gestattet allenfalls eine Überschreitung um einige Prozent gegenüber dem Wettbewerbspreis.

<sup>83</sup> Vgl. oben § 20 II 2 a (5). Auch in dieser Hinsicht bleibt also die Einordnung als Haupt- oder Nebenpflicht irrelevant. – Dagegen könnte bei einem Wucherdarlehen eine Klausel, wonach bei Nichtigkeit der Gegenleistungspflicht das eben noch Sittengemäße geschuldet sei, nicht zur Aufrechterhaltung zu diesen Bedingungen führen.

<sup>84</sup> Vgl. oben § 9 II 4.

Der Unterschied dieser Fallgruppen zu denen, bei denen sich die Festsetzung des eben noch Gesetzes- oder Sittengemäßen verbietet, liegt auch und vor allem in der unterschiedlichen Gewichtung der privatautonomen Regelungsbefugnis der Parteien. Wo diese schon von Gesetzes wegen eingeschränkt ist wie bei Höchstpreisvorschriften oder nicht die Relation zwischen Leistung und Gegenleistung die Sittenwidrigkeit begründet, ist konsequenterweise eine Zurückhaltung des Richters nicht in dem Maße geboten wie bei der Aushandlung der *essentialia negotii* im synallagmatischen Vertrag.

2. In den Fällen, in denen zwar der Schutzzweck des Gesetzes die Aufrechterhaltung des Geschäfts fordert, eine Regelung, welchen Inhalt die Hauptpflicht dieses Geschäftes haben soll, jedoch nur bruchstückhaft oder gar nicht vorhanden ist, kommt es somit zu einer Kollision zwischen dem Schutzzweck der Norm und der mangelnden Bestimmtheit einer gesetzeskonformen Fassung. Dasselbe gilt, wenn sich AGB wegen ihres insgesamt unbilligen Charakters oder ihrer Unübersichtlichkeit als nichtig erweisen, die Aufrechterhaltung des Vertrages jedoch angezeigt ist.<sup>85</sup> Hier stellt sich in aller Schärfe das Problem, ob und inwieweit es dem Richter gestattet ist, den richtigen Preis festzulegen, oder ob es sich hier um ein unbedingt zu achtendes Reservat der Privatautonomie handelt.<sup>86</sup>

a) (1) Die Aufrechterhaltung eines Vertrages, bei dem es an der (wirksamen) Vereinbarung über eine der im Synallagma stehenden Pflichten fehlt, ist im bürgerlichen Recht für mehrere Verträge ausdrücklich vorgesehen, z. B. in §§ 612 Abs. 1, 632 Abs. 1, 653 Abs. 1 BGB. Ebenso ergänzen die §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2, 653 Abs. 2 BGB Verträge, in denen zwar die Vergütungspflicht feststeht, die konkrete Höhe jedoch nicht vereinbart wurde. Trotz des Grundsatzes der Privatautonomie ist somit die Ergänzung des Vertrages auch bezüglich der Hauptleistungspflichten durch das Gesetz anerkannt. Dadurch wird erreicht, daß entgegen den normalen Regeln über den Dissens oder das Fehlen einer Einigung über die *essentialia negotii* der Vertrag bestehen bleibt.<sup>87</sup> Dem können verschiedene Zwecke zugrunde liegen – die *rationes* von § 612 und § 653 BGB unterscheiden sich –,<sup>88</sup> doch zeigen alle diese Regelungen, daß der Gesetzgeber auf das Erfordernis einer Vereinbarung über die Vergütung verzichten kann. Maßstab ist dann nicht nur die im Gesetz angegebene taxmäßige oder übliche Vergütung, bei Fehlen dieser Anhaltspunkte steht dem Berechtigten nach § 316 BGB ein Bestimmungsrecht zu, das er nach Billigkeit auszuüben hat.<sup>89</sup>

<sup>85</sup> Vgl. oben § 20 II 2 a (7).

<sup>86</sup> Vgl. z. B. *Flume* II § 18 9, der deswegen ein Reduktion bei einem Verstoß gegen § 138 BGB ablehnt; vgl. zu der beschränkten Funktion der Privatautonomie auch in diesen Fällen oben § 19 I 1.

<sup>87</sup> *Esser/Weyers* II 1 § 28 I 3; *Flume* 100 Jahre Deutscher Juristentag I S. 174; *Jauernig/Schlechtriem* § 612, 1; *Hadding* Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 24 BAT.

<sup>88</sup> Vgl. *MünchKomm/Schwerdtner* § 653, 2 unter Hinweis auf die im Verhältnis zu § 612 BGB andersgeartete Interessenlage.

<sup>89</sup> Für § 612 BGB: BAG AP Nr. 9 zu § 611 BGB (Fleischbeschauerdienstverhältnis); BAG AP Nr. 19 zu § 612 BGB; *Palandt/Putzo* § 612, 3 c; *Soergel/Kraft* § 612, 16; *von Hoyningen-*

(2) Diese Grundsätze sind nicht nur anzuwenden, wenn es an einer Abrede überhaupt fehlt, sondern auch dann, wenn die entsprechende Abmachung nichtig ist. So gilt die übliche Vergütung als vereinbart, selbst wenn die Höhe des vertraglich ausgehandelten Arbeitslohns gegen § 138 BGB verstößt.<sup>90</sup> Hält man sich den Schutzzweck des § 138 BGB vor Augen, so ist dies gerade einer der Fälle, in denen es nicht gerechtfertigt wäre, aus dem Fehlen einer wirksamen Abrede über den Lohn Totalnichtigkeit des Vertrages zu folgern. Dem Verbot, der Richter dürfe nicht als Helfer der wirtschaftlich überlegenen Partei tätig werden, widerspricht das nicht, da das Gericht die Leistungspflicht nicht auf das eben noch Erträgliche, sondern auf das Durchschnittsmaß festlegt.

b) Diese Überlegungen können als Modell dienen für die Problematik bei anderen wucherischen oder infolge des Ungleichgewichts der beiderseitigen Pflichten sittenwidrigen Verträgen.

(1) Wenn der Schutzzweck des Gesetzes die Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts fordert, weder Gesetz noch das Rechtsgeschäft aber einen Maßstab zur Verfügung stellen, so liegt eine teleologische Lücke vor.<sup>91</sup> Es verbietet sich nämlich nach den dargestellten Grundsätzen eine Reduktion auf das eben erträgliche Maß; daher kann auch das (nichtige) Rechtsgeschäft nicht als Maßstab für die Aufrechterhaltung verwendet werden. Zur Füllung der Lücke bietet sich oft eine Analogie zu §§ 612, 632, 653 BGB an. Ist von der Konzeption des Gesetzes her der Richter berufen, in Fällen, in denen der Grundsatz der Privatautonomie aus übergeordneten Argumenten zurückzustehen hat, die im Vertrag nicht (hinreichend) vereinbarte Gegenleistung festzustellen, so ist das gerade dann möglich, wenn der Schutzzweck der Norm die Aufrechterhaltung gebietet.

Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, das Gericht könne eine solche Feststellung nicht treffen. Denn abgesehen von den genannten Normen obliegt dem Richter noch in einer Reihe weiterer Fälle die Ermittlung des objektiven Werts – man denke an §§ 818 Abs. 1, 2, 906 Abs. 2 Satz 2, 912 Abs. 2, 917 Abs. 2 BGB. Auch der BGH vergleicht in einigen Urteilen bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit den vereinbarten Zins mit dem von der Bundesbank ermittelten Zins.<sup>92</sup> Die Feststellung des Markt-

---

Huene S. 179. Für § 632 BGB: *Palandt/Thomas* § 632, 3 c; *MünchKomm/Soergel* § 632, 15; *Soergel/Mühl* § 632, 7 mwN. aus der Rspr. Für § 653 BGB: *Soergel/Mormann* § 653, 2.

<sup>90</sup> BAG AP Nr. 2 zu § 138 BGB; BGH NJW 1970, 609, 610, beide unter Annahme eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses; *Palandt/Putzo* § 612, 1 b; *MünchKomm/Schaub* § 612, 5; *Soergel/Kraft* § 612, 2; *Hueck/Nipperdey* § 32 II 4. – Ob § 612 BGB auch bei der fehlgeschlagenen Erwartung, Erbe zu werden, anzuwenden ist, mag hier dahinstehen; vgl. z. B. BAG AP Nr. 13, 15, 20, 27 zu § 620 BGB; *Hadding* Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 24 BAT.

<sup>91</sup> Vgl. *Canaris* Lücken S. 88 ff. Die Fälle unterscheiden sich von Gesetzeslücken dadurch, daß das Vorliegen einer Lücke im Vertrag erst durch die Ermittlung seines Inhalts anhand des Gesetzes und des rechtsgeschäftlichen Willens bejaht werden kann und die zusätzliche Überlegung hinzukommt, daß die Schließung durch eine Fassung, die der wirtschaftlich stärkeren Partei möglichst weit entgegenkommt, dem Richter verwehrt ist.

<sup>92</sup> Vgl. z. B. BGH NJW 1980, 2074; 1980, 2076, 2077; 1980, 2301, 2302; 1981, 1206, 1209. In diesem Zusammenhang kann dahingestellt bleiben, ob der BGH die Feststellung in geeigneter Weise trifft, was z. B. *Löwe* NJW 1980, 2079 f. mwN. bestreitet. Auch wenn man den Markt



preises beinhaltet somit keine unüberwindlichen Probleme; der so ermittelte Preis tritt an die Stelle der nichtigen Abrede. Mit dieser Modifikation sind sittenwidrige Darlehen aufrechtzuerhalten; dasselbe gilt für die Wuchermiete.

(2) Schwierigkeiten treten allerdings auf, wenn kein Marktpreis ermittelt werden kann oder das Verdikt der Sittenwidrigkeit aus mehreren Komponenten resultiert.<sup>93</sup> Dann läßt sich eine sittenkonforme Fassung auf verschiedenen Wegen erreichen. Beispiele dafür sind Bierlieferungsverträge, bei denen sich bezüglich der Dauer auf dem Markt noch kein einheitliches Maß herausgebildet hat, dieses vielmehr abhängig von der Höhe des Darlehens und der Zinsen ist.<sup>94</sup> Es kommt hinzu, daß theoretisch die Anstößigkeit durch eine Herabsetzung der Bindungsdauer, eine Reduzierung der ausschließlichen Bezugspflicht oder eine Kombination der beiden beseitigt werden kann.<sup>95</sup> Das Problem verschärft sich, wenn man bedenkt, daß bei einer Gestaltungsfreiheit des Gerichts den Parteien vor dem Urteil unklar ist, welchen Inhalt die vertraglichen Pflichten haben, insbesondere ob und in welchem Umfang Verzugs eintritt.<sup>96</sup> Jedoch bietet sich auch hier wie im Rahmen des § 612 BGB ein Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 315 BGB an.

(a) Dieses Ergebnis rechtfertigt sich durch den Gedanken, daß wie bei § 612 BGB aus dem Gesichtspunkt des Schutzes des Vertragspartners heraus der Vertrag aufrechtzuerhalten ist. Man darf dem sittenwidrig Handelnden allerdings nicht in Analogie zu § 316 BGB ein Bestimmungsrecht einräumen; dieses hat er jedenfalls dadurch verwirkt, daß er gegenüber seinem Partner den sittenwidrigen Vertrag „durchgedrückt“ hat. Das entspricht dem Grundsatz, daß eine einmal zugegangene, aber unbillige Bestimmungserklärung das Gestaltungsrecht konsumiert.<sup>97</sup> Zwar ist

---

für Teilzahlungsbanken als Sondermarkt begreift (vgl. z. B. *Canaris* ZIP 1980, 715 f.; *Kochendorfer* NJW 1980, 123 f.; a. A. *BGH* NJW 1981, 1206, 1208), wäre eine solche Feststellung möglich (vgl. *Löwe* NJW 1980, 2080).

<sup>93</sup> Nicht hierunter sind die Fälle zu zählen, in denen die Sittenwidrigkeit aus einer Reihe von rechtswidrigen AGB-Klauseln resultiert, der Marktpreis aber ermittelt werden kann. Dann nämlich tritt dieser sowie das dispositive Recht an die Stelle der nichtigen AGB.

<sup>94</sup> Vgl. z. B. *BGH* WM 1981, 687, 688 f.

<sup>95</sup> Vgl. z. B. den Fall *BGH* WM 1973, 924, 926. Es sei hier nochmals daran erinnert, daß der Gastwirt ein Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages hat, weil und soweit damit eine Darlehensgewährung der Brauerei verbunden ist. *BGH* NJW 1979, 1605, 1606 behauptet allerdings, die Sittenwidrigkeit bei Bierlieferungsverträgen sei nur durch die zu lange Dauer begründet; das hätte zur Folge, daß durch Reduktion nur dieser Komponente eine sittenkonforme Fassung gefunden werden könnte. Anhaltspunkte können auch aus dem (hypothetischen) Willen der schutzwürdigen Partei folgen. Bei Lebensversicherungsverträgen, die unter Verletzung des § 1822 Nr. 5 BGB eine zu lange Dauer vorsehen, kommt in der Regel nur eine Anpassung der Versicherungssumme, nicht der Prämie, in Betracht; vgl. oben § 10 I 2 b.

<sup>96</sup> *BGHZ* 51, 55, 58.

<sup>97</sup> *Staudinger/Mayer-Maly* § 315, 74; ähnlich *Lukes* NJW 1963, 1899 für die Anwendung des Rechtsgedankens des § 315 BGB auf AGB. Die Frage ist nunmehr durch das AGBG geregelt, das Problem besteht in den Fällen fort, in denen durch Individualvereinbarung der wirtschaftlich stärkere Teil seine Bedingungen durchsetzt. Insofern liegt auch hier keine freie Vereinbarung vor, sie wird auch von der Rechtsordnung nicht als freie Übereinkunft akzeptiert (vgl. *Larenz* I § 6 III). – Vgl. auch *MünchKommSöllner* § 315, 29, der sich für eine allgemeine Inhaltskontrolle nach § 315 BGB einsetzt.

hier keine Gestaltungserklärung erfolgt, der Grundgedanke des § 315 BGB bleibt jedoch anwendbar: Wer das (faktisch) in Anspruch genommene Bestimmungsrecht überschritten hat, verliert die Befugnis, die Gegenleistungspflicht festzusetzen. Das ist in aller Regel der Fall, wenn der Vertrag wegen quantitativen Ungleichgewichts zwischen den Leistungspflichten sittenwidrig ist. Das Recht zur Leistungsbestimmung geht auf das Gericht über.<sup>98</sup>

Nicht gefolgt werden kann für die hier interessierende Konstellation der Ansicht, die Berufung auf die Unbilligkeit der Leistungsbestimmung könne nur innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen.<sup>99</sup> Dies mag bei direkter Anwendung des § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB zutreffen, paßt aber nicht, wenn das Verhältnis der Leistungspflichten von vornherein gegen das Gesetz verstieß. Denn dadurch würde das Sittenwidrigkeitsverdict in eine Art Anfechtungsrecht umgestaltet.<sup>100</sup>

Mit dem Gedanken des § 315 BGB löst sich auch das Problem, daß den Parteien, insbesondere dem sittenwidrig Übervorteilten, unklar ist, welchen Umfang seine Leistungspflicht hat. Zwar besteht diese Pflicht, da der Vertrag bei unbilliger Bestimmung nicht nichtig, sondern nur unverbindlich ist,<sup>101</sup> es treten jedoch wegen dieser Unverbindlichkeit keinerlei Verzugsfolgen ein.<sup>102</sup> Wendet man diese Grundsätze an, so läßt sich für den Normalfall eine Reduktion auf die angemessene Zeit von 15 Jahren anstelle der unzulässigen Bindungsdauer setzen;<sup>103</sup> ergeben sich besondere Argumente, so kann den Interessen des Gastwirts auch durch Reduktion seiner Ausschließlichkeitsbindung Rechnung getragen werden.

(b) Der richterlichen Befugnis sind wiederum Schranken gesetzt. Sie ergeben sich daraus, daß der Richter auch für die analoge Anwendung des § 315 BGB Anhaltspunkte benötigt. Genauso wie ein Leistungsbestimmungsrecht einer Partei nichtig wäre, wenn weder Gegenstand des Vertrags noch Gegenleistungspflicht oder nähere Ausgestaltung der Nebenpflichten feststünde, ist dem Richter eine entsprechende Neuschaffung des Vertrages verwehrt. Wo das Gesetz keinerlei Auskunft gibt, sich auch kein ungeschriebenes dispositives Recht entwickelt hat, der Vertrag seinerseits durch weitgehende Nichtigkeit seiner Bestimmungen keinen sinnvollen Regelungsgehalt mehr bietet, wo also der Richter den Vertrag „neu zu schreiben“ hätte, dort

<sup>98</sup> Vgl. Lukes NJW 1963, 1899.

<sup>99</sup> BAG AP Nr. 9 zu § 611 BGB (Fleischbeschauerdienstverhältnis); *Staudinger/Mayer-Maly* § 315, 73.

<sup>100</sup> Auch die Stimmen in Rechtsprechung und Literatur, die zur Prüfung von AGB den Gedanken des § 315 BGB heranzogen, verlangten nicht die alsbaldige Geltendmachung der Nichtigkeit; vgl. BGHZ 38, 183, 186; Lukes NJW 1963, 1899; Larenz I<sup>11</sup> § 6 III; Münch-Komm/Söllner § 315, 29 f.

<sup>101</sup> *Palandt/Heinrichs* § 315, 4 a; *Staudinger/Mayer-Maly* § 315, 73.

<sup>102</sup> *Jauernig/Vollkommer* § 315, 4 a; *Palandt/Heinrichs* § 315, 4 a; wohl auch *Söllner* Anm. zu BAG AP Nr. 9 zu § 611 BGB (Fleischbeschauerdienstverhältnis); *ders.* Leistungsbestimmung S. 122.

<sup>103</sup> Vgl. BGH WM 1981, 687, 688, der dies als zulässig bezeichnet. Nicht gefolgt werden kann wegen der bisherigen Ausführungen den Entscheidungen, die auf das eben noch zulässige Maß reduzieren wollen, vgl. oben § 9 IV mit Fn. 143.

hat es mit der Totalnichtigkeit sein Bewenden.<sup>104</sup> Es genügen hier zwar geringere Ansätze im Rechtsgeschäft als bei der Frage, ob eine Klausel reduziert werden kann, während der Vertrag als solcher aufrechterhalten bleibt. Eine gänzliche Neuschaffung ist dem Richter aber verwehrt. Richterliche Regelungsbefugnis erweist sich somit abhängig sowohl von der Intensität des Schutzgesetzes als auch von dem Grad der Vorregelung.

#### IV. Zwischenergebnis

Die Aufrechterhaltung eines Rechtsgeschäfts mit gesetzeskonformem Inhalt ist nur dann möglich, wenn sich dieser Inhalt aus dem Rechtsgeschäft oder dem Gesetz ergibt. Dient das Gesetz nicht dem Schutz einer Partei, so sind keine strengen Anforderungen zu stellen. Zu weit gehende Pflichten sind im Zweifel auf das angemessene Niveau zu reduzieren.

Anders ist die Rechtslage, wenn die Norm die Interessen eines Beteiligten gewährleisten soll. So ist bei der Verwendung von AGB ein strenger Maßstab anzulegen. Ersetzungsklauseln müssen präzise gefaßt sein; der Verwender darf die Last der exakten Ermittlung des nach dem höherrangigen Recht Zulässigen nicht auf den Richter abwälzen. Ebenso sind grundsätzlich Verweisungen „auf das gesetzlich Zulässige“ unwirksam. Auch die Möglichkeit der Herabsetzung im Einzelfall, wie sie beispielsweise § 343 BGB vorsieht, beseitigt die Rechtswidrigkeit zu weit gehender Klauseln nicht. Fehlt eine Vorregelung im Gesetz oder den AGB, so ist die Klausel zur Gänze nichtig, es sei denn, die reduzierte Fassung läßt sich aus dem Gesamtcharakter des Geschäfts oder der Eigenart des Verstoßes erkennen. Eine weniger präzise Vorregelung genügt dagegen bei partieller Rechtswidrigkeit von Individualabreden. Insbesondere ist hier nach dem Grundgedanken der institutionellen Schranken auf das Mittelmaß zu reduzieren.

Grundsätzlich dasselbe gilt bei einem Verstoß einer Hauptpflicht gegen höherrangiges Recht. Fordert der Schutzzweck der Norm die Aufrechterhaltung des Geschäfts, so ist in analoger Anwendung der §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2, 653 Abs. 2 BGB der Marktpreis zugrunde zu legen. Läßt sich dieser nicht feststellen, kann nach dem Rechtsgedanken des § 315 BGB eine billige Gegenleistung festgesetzt werden. Auch dabei bleibt Voraussetzung, daß der Vertrag in seiner reduzierten Form einen sinnvollen und feststellbaren Regelungsgehalt behält.

---

<sup>104</sup> Vgl. z. B. BGHZ 51, 55, 58 f.; *MünchKomm/Kötz AGBG* § 6, 19.



## 6. Kapitel: Zusammenfassung

I. Die verfassungskonforme Auslegung läßt sich nicht mit der Vermutung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes oder der Einheit der Rechtsordnung rechtfertigen. Das interpretatorische Prinzip, demzufolge höherrangiges Recht nicht lediglich Kontroll-, sondern auch Erschließungsfunktion hat, ist allein gesehen ebenfalls nicht hinreichend. Als entscheidende Gesichtspunkte kommen hinzu der Respekt vor der Autorität des Gesetzes und die Vermeidung regelungsloser Gebiete, wobei auf der anderen Seite der Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers zu beachten ist.

Diese Überlegungen können nicht ungeprüft zur Rechtfertigung der gesetzeskonformen Auslegung des Rechtsgeschäfts übernommen werden. Zwar kann das interpretatorische Prinzip auch hier nicht von vornherein abgelehnt werden, die Achtung vor der Privatautonomie und der Schutzzweck des Gesetzes erfordern aber auch die Berücksichtigung anders gewichteter Interessen.

II. Bei der Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts in gesetzlich zulässigem Umfang knüpft insbesondere die Rechtsprechung an unterschiedliche dogmatische Begründungen an. Das Ergebnis wird erreicht durch (erläuternde und ergänzende) Auslegung, durch Teilnichtigkeitsklärung wegen Verstoßes gegen zwingendes Recht bzw. die guten Sitten sowie aufgrund einer Anwendung der §§ 139 und 140 BGB. Ebenso legt auch die Ausformung mancher Normen als institutionelle Schranken eine Begrenzung des jeweiligen Rechtsgeschäfts bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung nahe. Die Analyse der Rechtsprechung zeigt, daß eine Abgrenzung der dogmatischen Gesichtspunkte jedenfalls in der Praxis nicht gelungen ist, oft auch gar nicht versucht wird.

III. Die dadurch bereits nahegelegte Suche nach einer einheitlichen Lösung wird bestätigt, wenn man die Konzeption des Gesetzes bei den jeweiligen Vorgehensweisen zur Inhaltsermittlung des Rechtsgeschäfts betrachtet. Das zwingende Recht ist auch bei der Auslegung mit einzubeziehen, da dort unter anderem das Ziel der Parteien zu berücksichtigen ist, eine wirksame Regelung zu treffen. Ein *partieller* Verstoß des Rechtsgeschäfts gegen zwingendes Recht oder die guten Sitten führt nicht automatisch zur Totalnichtigkeit, sondern (zunächst) nur zur Teilnichtigkeit. Über die konkrete Rechtsfolge ist aufgrund weiterer Überlegungen zu entscheiden; § 139 BGB stellt dabei nur einen Sach Gesichtspunkt dar. Die Konversion ist als gesetzliche Normierung des Prinzips der geltungserhaltenden Auslegung anzusehen; jedenfalls aber besteht zwischen ihr und der Teilnichtigkeitsklärung vom Prinzip her kein Unterschied. Die für die ergänzende Auslegung nach h. M. nötige Lücke kann sich auch aufgrund der Nichtigkeit einer rechtsgeschäftlichen Regelung ergeben; sie ist aus dem Gesamtzusammenhang des Rechtsgeschäfts zu schließen; auch hier fließen Wertungsgesichtspunkte ein. Institutionelle Schranken legen ohnehin Teilnichtigkeit nahe; jedoch kann auch hier aufgrund weiterer Überlegungen Totalnichtigkeit die Rechtsfolge sein. In allen Fällen sind Änderungen des zwingenden

Rechts sowie der tatsächlichen Umstände zu berücksichtigen, die zwischen Vertragsschluß und Fälligkeitszeitpunkt eingetreten sind.

IV. Die Ermittlung des gesetzeskonformen Inhalts eines Rechtsgeschäfts hat somit nach durchgängigen Prinzipien zu erfolgen. Eine abstrakte Hierarchisierung ist dabei nicht möglich.

1. Der Achtungs- und Durchsetzungsanspruch des zwingenden Rechts verbietet eine mögliche Reduktion nicht, es sei denn, die Rechte der durch die Abrede begünstigten Partei sind an die Erfüllung von Hinweispflichten geknüpft oder der Abschluß des Geschäfts ist von der Einhaltung einer bestimmten Form abhängig, die die nötige Überlegung und Beratung gewährleisten soll. Umgekehrt kann der Schutzcharakter der Norm die Aufrechterhaltung des Geschäfts gebieten, wenn der zu schützenden Partei das Erfüllungsinteresse gewährleistet werden soll. Eine Ausnahme gilt hier nur, soweit die Aufrechterhaltung für die andere Partei unzumutbar ist, weil sie eine gravierende Verschiebung des vertraglich vorgesehenen Gleichgewichts mit sich bringt und die durch die Aufrechterhaltung benachteiligte Partei den Gesetzesverstoß nicht kannte. Die Totalnichtigkeit des Vertrages aus Straf- oder Präventionsgedanken heraus scheidet dagegen aus, insbesondere da Verstoß und Sanktion nicht im proportionalen Verhältnis zueinander stünden, die Totalnichtigkeit teilweise sogar dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen könnte. Dasselbe gilt vom Ergebnis her auch für einzelne, partiell rechtswidrige Klauseln.

2. Erfordert der Schutzcharakter der Norm die Aufrechterhaltung des Geschäfts, so bedeutet das keinen Widerspruch zum Grundsatz der Privatautonomie. In solchen Fällen tritt der Parteiwille selbst dann zurück, wenn er ausdrücklichen Niederschlag im Vertrag gefunden hat; sonst könnte der Zweck des Gesetzes umgangen werden. Aus denselben Gründen verbietet sich auch eine Anfechtung; dogmatischer Ansatzpunkt hierfür ist § 119 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB.

Der Parteiwille entfaltet dagegen seine Relevanz in wesentlich stärkerem Maße, wenn die verletzte Norm nicht das Erfüllungsinteresse einer Partei sichern soll. Insbesondere gewinnt hier das Interesse an einer Wahrung der Äquivalenz an Bedeutung; freilich können auch andere Faktoren – wie Verkehrsschutz und dgl. – dazu in Konkurrenz treten.

3. Die gesetzeskonforme Fassung des Rechtsgeschäfts muß allerdings für den Richter hinreichend deutlich erkennbar sein. Diese Voraussetzung kann durch eine (salvatorische) Abrede, aber auch durch eine sich aus dem Gesetz ergebende Regelung erfüllt sein; fehlen diese, ist grundsätzlich auf das Durchschnittsmaß zu reduzieren. In diesem Zusammenhang spielt freilich auch der Schutzcharakter der jeweiligen Norm eine Rolle. So sind bei AGB strenge Anforderungen an rechtsgeschäftliche Ersatzklauseln zu stellen; bei einem Verstoß gegen § 9 AGBG verbietet sich die Reduktion, es sei denn, sie ist aus dem Gesamtcharakter des Geschäftes oder der Reichweite des Verstoßes zu entnehmen. Bei individuellen Abreden ist grundsätzlich dagegen auf das Mittelmaß zu reduzieren. Sittenwidrige Gegenleistungspflichten sind nach den Rechtsgedanken der §§ 612, 632, 653 bzw. 315 BGB auf den Marktpreis, falls dieser nicht ermittelt werden kann, auf ein angemessenes Niveau festzusetzen.

## Literaturverzeichnis

Es wird grundsätzlich nur der Name des Verfassers – eventuell mit einem kennzeichnenden Wort aus dem Titel – zitiert. Kommentare werden mit dem Namen des Bearbeiters zitiert und zwar jeweils die neueste Auflage, soweit nichts Gegenteiliges vermerkt ist.

- Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neuwied und Darmstadt, 1979ff.
- André, Fritz* Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte, in: Festgabe für Ludwig Enneccerus, Marburg 1913, III
- Asmus, Werner* Zum Charakter der Tarifbestimmungen in der Kraftfahrtversicherung, in: Festgabe für Hans Möller, Karlsruhe 1972, S. 11 ff.
- Bachof, Otto* Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE Band 4–12), JZ 1962, 350 ff.
- Barthelmess, Jochen* Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz, Miethöhengesetz, 2 Aufl., Düsseldorf 1980
- Bartholomeyczik, Horst* Der maßgebende Zeitpunkt für die Bestimmung der Sittenwidrigkeit nichtiger Verfügungen von Todes wegen, in: Festschrift zum 150jährigen Bestehen des OLG Zweibrücken, Wiesbaden 1969, S. 26 ff.
- Bartholomeyczik, Horst/Schlüter, Winfried* Erbrecht, 11. Aufl., München 1980
- Baumann, Hans* Salvatorische Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, NJW 1978, 1953 ff.
- Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang* Zivilprozeßordnung, 40. Aufl., München 1982
- Baumgärtel, Gottfried/Wittmann, Arno* Anm. zu BGH JR 1978, 18, JR 1978, 20 f.
- Baur, Fritz* Lehrbuch des Sachenrechts, 11. Aufl., München 1981
- Beer, Hubert* Die „unmoralische“ Zimmerbestellung – AG Emden, NJW 1975, 1363, JuS 1977, 374 ff.
- Belke, Rolf* Die Schadenspauschalierung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DB 1969, 603 ff.
- Bender, Bernd* Inhalt und Grenzen des Gebots der verfassungskonformen Auslegung, MDR 1959, 441 ff.
- Bender, Rolf* Probleme des Konsumentenkredits, NJW 1980, 1129 ff.
- Bergfelder, Udo* Ehe und Abschluß von Mietverträgen, WuM 1977, 45 ff.
- Berkemann, Jörg* Zur Auslegung des einfachen Gesetzes im Verfahren der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG), AöR 99 (1974), 54 ff.
- Bette, Klaus/Marwede, Jan* Die Ermächtigung zur deckungsgleichen Verfügung. Lösungsprinzip der Kollisionsproblematik bei Mehrfachabtretungen, BB 1979, 121 ff.
- Bettermann, Karl August* Grundfragen des Preisrechts für Mieten und Pachten, Tübingen 1952
- Beuthien, Volker* Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalabtretung, BB 1971, 375 ff.
- Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969
- Blaurrock, Uwe* Die Factoring-Zession, ZHR 142 (1978), 325 ff.
- Bogs, Harald* Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1966
- Die Bindung des Fallrichters an eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Normenkontrollrichters, DVBl 1965, 633 ff.
- Bonner Kommentar, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950 ff., Stand März 1982
- Brandner, Hans Erich* Wege und Zielvorstellungen auf dem Gebiet der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1973, 613 ff.
- von Brasch, Viktor* Die Konversion, Diss Münster 1949

- Brox, Hans* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 6. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1982
- Allgemeines Schuldrecht, 9. Aufl., München 1981
  - Erbrecht, 7. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1981
  - Fragen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, JZ 1966, 761 ff.
- Bucher, Eugen* Der Ausschluß dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: Festgabe für Henri Deschenaux, Freiburg 1977, S. 249 ff.
- Buchner, Herbert* Anm. zu BAG AP Nr. 26 zu § 74 HGB.
- Büchner, Volker* Die Bestandskraft verwaltungsrechtlicher Verträge, Düsseldorf 1979
- Bürck, Harald* Umdeutung eines Vertrages bei Ausfall einer Vertragsbedingung – BGH NJW 1971, 420, JuS 1971, 571 ff.
- Zur Umdeutung von Rechtsgeschäften, SchlHA 1973, 37 ff.
- Bufe, Peter* § 817 Satz 2 BGB, AcP 157 (1958/59), 215 ff.
- Bulla, Werner* Anpassung einer Wertsicherungsklausel in einem Mietvertrag, NJW 1975, 1108 f.
- Burmeister, Joachim* Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, Berlin-Frankfurt 1966
- Das Bundesverfassungsgericht als Revisionsinstanz, DVBl 1969, 605 ff.
- Bydliński, Franz* Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien-New York 1967
- Canaris, Claus-Wilhelm* Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1964
- Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969
  - Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971
  - Bankvertragsrecht, 1. Aufl., Berlin-New York 1975 (zit.: Canaris Bankrecht Anm.); 2. Aufl., Berlin-New York 1981 (zit.: Canaris Bankrecht Rdn.)
  - Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus „culpa in contrahendo“, Gefährdung und Aufopferung, NJW 1964, 1987 ff.
  - Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475 ff.
  - Haftung Dritter aus positiver Forderungsverletzung, VersR 1965, 114 ff.
  - Anm. zu BAG AP Nr. 29 zu § 74 HGB, SAE 1973, 67 ff.
  - Schranken der Privatautonomie zum Schutze des Kreditnehmers, ZIP 1980, 709 ff.
  - Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Forderungseinzug durch Banken, NJW 1981, 249 ff.
  - Der Bereicherungsausgleich bei sittenwidrigen Teilzahlungskrediten, WM 1981, 978 ff.
- Capelle, Carl-Hermann/Canaris, Claus-Wilhelm* Handelsrecht, 19. Aufl., München 1980
- Danz, Erich* Über das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem BGB, JherJb 46 (1904), 381 ff.
- Däubler, Wolfgang* Die geknebelten Wirtsleute: Zur Totalnichtigkeit von Formularmietverträgen – BGH NJW 1969, 230, JuS 1971, 398 ff.
- Dauner, Barbara* Der Konditionsausschluß gemäß § 817 Satz 2 BGB, JZ 1980, 495 ff.
- Dersch, Hermann/Neumann, Dirk* Bundesurlaubsgesetz, 6. Aufl., München 1981
- Diederichsen, Uwe* Auftraglose Geschäftsführung des Minderjährigen als Problem der juristischen Methode, MDR 1964, 889 ff.
- Dietlein, Max/Rebmann, Eberhard* AGB aktuell, Köln 1976
- Dippel, Karlhans* Zur Auslegung von Wiederverheiratsklauseln in gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen, AcP 177 (1977), 349 ff.
- Dittmann, Klaus/Stahl, Henning* AGB, Wiesbaden-Berlin 1977
- Dürkes, Werner* Wertsicherungsklauseln, 8. Aufl., Heidelberg 1972
- Ebel, Hermann* AGB-Gesetz-konforme Auslegung bei Unwirksamkeit einzelner Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DB 1979, 1973 ff.
- Eckardt, Wolf-Dieter* Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, Berlin 1964
- Eckstein, Ernst* Zur Lehre von der Nichtigkeit des Vertrages wegen Unsittlichkeit, ArchBürgR 38 (1913), 195 ff.



- Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen, ArchBürgR 41 (1915), 178 ff.
- Ehmke, Horst* Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 53 ff.
- Emmerich, Volker* Inhalt des Schuldverhältnisses – Leistungsstörungen, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, München 1974, S. 279 ff.
- Kartellrecht, 3. Aufl., München 1979 mit Nachtrag 1980
- Engisch, Karl* Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1977
- Enneccerus/Kipp/Wolff* Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Allgemeiner Teil, 15. Bearbeitung von *Hans Carl Nipperdey*, Tübingen 1959 – Schuldrecht, 15. Bearbeitung von *Heinrich Lehmann*, Tübingen 1958 – Sachenrecht, 10. Bearbeitung von *Ludwig Raiser*, Tübingen 1957 – Erbrecht, 13. Bearbeitung von *Helmuth Coing*, Tübingen 1978
- Erman, Walter* Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl., Münster 1981; 6. Aufl., Münster 1975
- Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession, BB 1959, 1109 ff.
- Ernst, Werner/Zinkahn, Willy/Bielenberg, Walter* Bundesbaugesetz, München 1969 ff., Stand Juni 1981
- Esser, Josef* Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1974
- Kurssicherungsgeschäfte und ausländische Enteignungsmaßnahmen, MDR 1958, 287 f.
- Globalzession und verlängerter Eigentumsvorbehalt, JZ 1968, 281 ff.
- § 138 BGB und die Bankpraxis der Globalzession, ZHR 135 (1971), 320 ff.
- Esser, Josef/Schmidt, Eike* Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5. Aufl., Karlsruhe 1975; Teilband 2, 5. Aufl., Karlsruhe 1976
- Esser, Josef/Weyers, Leo* Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, Teilband 1, 5. Aufl., Karlsruhe 1977; Teilband 2, 5. Aufl., Karlsruhe 1979
- Feiber, Oskar* Zur personalen Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1980, 1148
- Fikentscher, Wolfgang* Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin-New York 1976
- Finger, Peter* Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession, JZ 1970, 642 ff.
- Fischer, Otto* Konversion unwirksamer Rechtsgeschäfte, in: Festschrift für Adolf Wach, Leipzig 1913, S. 179 ff.
- Fischer, Robert* Die faktische Gesellschaft, NJW 1955, 849 ff.
- Anm. zu BGH LM Nr. 10 zu § 105 HGB
- Flume, Werner* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 1. Teil, Die Personengesellschaft, Berlin-Heidelberg-New York 1977; 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1979
- Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalts, NJW 1950, 841 ff.
- Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts, NJW 1959, 913 ff.
- Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages I, Karlsruhe 1960, S. 135 ff.
- Frank, Stefan* Konflikt zwischen Sicherungsglobalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt – Alternativen zur Vertragsbruchsrechtsprechung, JuS 1978, 373 ff.
- Friauf, Karl Heinrich* Die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung im Recht der westeuropäischen Gemeinschaften, AöR 85 (1960), 224 ff.
- Fuß, Ernst-Werner* Zur richterlichen Prüfung von Gesetz und Gesetzesanwendung, in: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack, Hamburg 1966, S. 11 ff.
- Gärtnert, Rudolf* Verfassungskonforme Auslegung wettbewerbsrechtlicher Generalklauseln?, BB 1970, 1361 ff.
- Gamillscheg, Franz* Prüfe dein Wissen, Arbeitsrecht I, 5. Aufl., München 1979
- von Gamm, Otto-Friedrich* Die Gesetzesumgehung, WRP 1961, 259 f.
- Ganssmüller, Helmut* Anm. zu BGHZ 17, 160, NJW 1955, 1067 f.
- Garn, Heino* Zur Zulässigkeit salvatorischer Klauseln bei der Vereinbarung Allgemeiner Geschäftsbedingungen, JA 1981, 151 ff.

- Geiger, Willi Vorschläge zur Reform des Bundesverfassungsgerichts, in: Festgabe für Theodor Maunz, München 1971, S. 117 ff.
- Gerhardt, Walter Der Haftungsmaßstab im gesetzlichen Schutzverhältnis (Positive Vertragsverletzung, culpa in contrahendo), JuS 1970, 597 ff.
- Glaser, Hugo Mietwucher, ZMR 1966, 97 ff.
- Göbel, Wolfgang Gestaltung der Gesellschafternachfolge für den Todesfall, DNotZ 1979, 133 ff.
- Göldner, Detlef Christoph Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, Berlin 1969
- Götz, Heinrich Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze, NJW 1960, 1177 ff.
- Rechtsfolgen des teilweisen Verstoßes einer Klausel gegen das AGB-Gesetz, NJW 1978, 2223 ff.
- Grunsky, Wolfgang Das bedingte Wettbewerbsverbot – Kritische Überlegungen zur Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, München 1979, S. 153 ff.
- Neue Literatur und Rechtsprechung zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JurA 1969, 87 ff.
- Besprechung von Reinhard Zimmermann: Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, in ZZZ 94 (1981), 116
- Gursky, Karl-Heinz Fälle und Lösungen, BGB Sachenrecht, 4. Aufl., Heidelberg-Karlsruhe 1980
- Haak, Volker Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters, Bonn 1963
- Hadding, Walter Die Eigentumsvermutung nach § 1006 I BGB im Herausgabestreit, BGH FamRZ 1970, 586, JuS 1972, 183 ff.
- Anm. zu BAG AP Nr. 2 zu § 24 BAT
- Händel, Konrad Anm. zu AG Emden, NJW 1975, 1363, NJW 1976, 521 f.
- Hans, Wilhelm Das neue Mietrecht in den weißen Kreisen, Percha/Kempfenhausen, Stand 1. 11. 1980
- Harder, Manfred Grundzüge des Erbrechts, Frankfurt 1979
- Hassold, Gerhard Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung, ZZZ 94 (1981), 192 ff.
- Hefermehl, Wolfgang Anm. zu BAG AP Nr. 16 zu § 74 HGB
- Heldrich, Andreas Fälle und Lösungen, BGB-Erbrecht, Karlsruhe 1970
- Henckel, Wolfram Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159 (1960/61), 106 ff.
- Henke, Wilhelm Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, Tübingen 1979
- Hereth, Franz Preisrechtliches Überhöhungsverbot bei Bauvertragsangeboten, NJW 1973, 1441 ff.
- Herzog, Bertold Quantitative Teilnichtigkeit, Göttingen 1926
- Herzog, Roman Neue Wege der Normenkontrolle?, BayVBl 1959, 276 f.
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., Heidelberg-Karlsruhe 1980
- Hiddemann, Hans-Joachim Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bierlieferungsrecht, WM 1975, 942 ff.
- von Hippel, Fritz Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936
- Hoff, Joseph Wann ist das Kapital eines nichtigen Wucherdarlehens rückforderbar?, AcP 156 (1957), 483 ff.
- Hohloch, Gerhard „Vertrauenshaftung“ – Beginn einer Konkretisierung?, NJW 1979, 2369 ff.
- Honsell, Heinrich Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, München 1974
- Die zivilrechtliche Sanktion der Sittenwidrigkeit, JZ 1975, 439 ff.

- Hoppmann, Hans-Dieter* Die zivilrechtliche Seite des Mietwuchers, BGrBW 1965, 153 ff.  
*von Hoyningen-Huene, Gerrick* Die Billigkeit im Arbeitsrecht, München 1978  
*Huber, Ulrich* Typenzwang, Vertragsfreiheit und Gesetzesumgehung, Jura 1970, 784 ff.  
*Hueck, Alfred* Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., Berlin-New York 1971  
 – Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 74 HGB  
*Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl* Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 7. Aufl., Berlin-Frankfurt 1963  
*Hueck, Götz* Kündigungsschutzgesetz, 10. Aufl., München 1980  
*Husmann, Hermann* Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetzes, NJW 1971, 404 ff.  
*Imbolen, Max* Normkontrolle und Norminterpretation, in: Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 133 ff.  
*Ipsen, Jörn* Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975  
*Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim* GWB, München 1981  
*Jauernig, Othmar/Schlechtriem, Peter/Stürmer, Rolf/Teichmann, Arndt/Vollkommer, Max* Bürgerliches Gesetzbuch, München 1979  
*Kaduk, Hubert* Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession als konkurrierende Gläubigerrechte, in: Festschrift für Karl Larenz, München 1973, S. 683 ff.  
*Käßer, Petra* Der fehlerhafte Arbeitsvertrag, Berlin 1979  
*Kanzleiter, Rainer* Das Gesetz zur Änderung des § 313 BGB, DNotZ 1973, 519 ff.  
*Kaufmann, Erich* Das Wesen des Völkerrechts und die *clausula rebus sic stantibus*, Tübingen 1911, Neudruck Aalen 1964  
*Klaas, Christoph* Zur Dauer von Bierlieferungsverträgen unter besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, BB 1974, 1098 ff.  
*Knoche, Hansjürgen* Minderjährige als Geschäftsführer ohne Auftrag, MDR 1964, 193 ff.  
*Krütel, Rolf* Zur duplex interpretatio von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JR 1981, 221 ff.  
*Koch, Ehardt/Stübing, Jürgen* Allgemeine Geschäftsbedingungen, Neuwied-Darmstadt 1977  
*Kochenhöfer, Heinz* Sittenwidrige Höhe von Darlehenszinsen, NJW 1980, 215 ff.  
*Kötz, Hein* Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln, NJW 1979, 785 ff.  
 – Die Rückwirkung von Unterlassungsurteilen gemäß §§ 13 ff. AGB-Gesetz, BB 1982, 644 ff.  
*Kohlhossner, Helmut* Kaufzwangsklauseln in Erbbaurechtsverträgen, NJW 1974, 1302 ff.  
*Kopp, Ferdinand* Verwaltungsgerichtsordnung, 5. Aufl., München 1981  
 – Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., München 1980  
*Koppensteiner, Hans-Georg/Kramer, Ernst* Ungerechtfertigte Bereicherung, Berlin-New York 1975  
*Kramer, Ernst* Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, München-Salzburg 1974  
*Kramer, Rainer* Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot und die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 134 BGB), Diss. Mainz 1976  
*Krampe, Christoph* Die Konversion des Rechtsgeschäfts, Frankfurt 1980  
 – Anm. zu OLG Stuttgart JZ 1975, 572, JZ 1975, 574 ff.  
*Kreft, Friedrich* Anm. zu BGH LM Nr. 16 zu § 138 (Cd) BGB  
*Kroppen, Heinz* Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf das Vertragsverhältnis des Generalunternehmers zu seinem Subunternehmer, in: Das AGB-Gesetz im Spiegel des Baurechts, Frankfurt o.J., S. 85 ff.  
*Kümpel, Siegfried* Zur Anpassung der AGB der Banken an das AGB-Gesetz, WM 1977, 694 ff.  
*Lambsdorff, Hans Georg Graf* Auslegung und Bestimmbarkeit von Lieferantenvorausabtretungen, ZIP 1981, 243 ff.  
*Lang, Eduard* Teilweise Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, Berlin 1926  
*Lange, Heinrich/Köhler, Helmut* BGB Allgemeiner Teil, 17. Aufl., München 1980  
*Lange, Heinrich/Kuchinke, Kurt* Lehrbuch des Erbrechts, 2. Aufl., München 1978  
*Lappe, Liesel* Die Teilnichtigkeit des gesetz- oder sittenwidrigen Rechtsgeschäfts, Diss. Münster 1950  
*Larenz, Karl* Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., München 1980

- Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 12. Aufl., München 1979; 11. Aufl., München 1976
- Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 12. Aufl., München 1981
- Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1979
- Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Frankfurt-Berlin 1966
- Richtiges Recht, München 1979
- Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht, NJW 1963, 737 ff.
- Leenen, Detlef* Der „vertragsmäßige Gebrauch“ der Mietsache als Problem der Rechtsgeschäftslehre, MDR 1980, 353 ff.
- Lehmann, Heinrich/Hübner, Heinz* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl., Berlin 1966
- Leipold, Dieter* Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966
- Grundzüge des Erbrechts, 3. Aufl., Tübingen 1979
- Lempenau, Gerhard* Direkterwerb oder Durchgangserwerb bei Übertragung künftiger Rechte, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968
- Lerche, Peter* Übermaß und Verfassungsrecht, Köln-Berlin-München-Bonn 1961
- Lieb, Manfred* Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsrecht und gesetzlichem Güterstand, Tübingen 1970
- Lindacher, Walter* Phänomenologie der Vertragsstrafe, Frankfurt 1972
- Grundsätzliches zu § 138 BGB, AcP 173 (1973), 124 ff.
- Anm. zu AG Emden, NJW 1975, 1363, JR 1976, 61 ff.
- Anm. zu BGHZ 68, 204, JR 1977, 412 f.
- Locher, Horst* Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, München 1980
- Löwe, Walter* Der Schutz des Verbrauchers vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen – eine Aufgabe für den Gesetzgeber, in: Festschrift für Karl Larenz, München 1973, S. 373 ff.
- Das Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JuS 1977, 421 ff.
- Anm. zu BGH NJW 1980, 2074 und BGH NJW 1980, 2076, NJW 1980, 2079 f.
- Folgerungen aus der Verwerfung der Tagespreisklausel in den Neuwagen-Verkaufsbedingungen durch den Bundesgerichtshof, BB 1982, 152 ff.
- Löwe, Walter/von Westphalen, Friedrich Graf/Trinkner, Reinhold* Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Heidelberg 1977
- von Lübtow, Ulrich* Erbrecht, 2 Bände, Berlin 1971
- Lüderitz, Alexander* Auslegung von Rechtsgeschäften, Karlsruhe 1966
- Lukes, Rudolf* § 315 BGB als Ausgangspunkt für die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen, NJW 1963, 1897 ff.
- Lutz, Johannes* Probleme des Mietwuchers, DWW 1963, 134 f.
- Lwowski, Hans-Jürgen* Das AGB-Gesetz und die AGB der Banken, Die Bank 1978, 123 ff.
- Neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sicherungsabtretung, ZIP 1981, 453 ff.
- Macke, Peter* Die rechtliche Behandlung von Kaufzwangklauseln in Erbbaurechtsverträgen, NJW 1977, 2233 ff.
- Magg, Colin* Die zivilrechtlichen Wirkungen von Bewirtschaftungsvorschriften, insbesondere von Verstößen gegen solche Vorschriften, Diss. Tübingen 1971
- Maiwald, Joachim* Anwendbarkeit für verfassungswidrig erklärter Gesetze?, BayVBl 1971, 90 ff.
- Mangold, Wolfgang* Eigentliche und ergänzende Vertragsauslegung, NJW 1961, 2284 ff.
- Probleme der Auslegung des Individualvertrages, NJW 1962, 1597 ff.
- von Mangoldt, Wolfgang/Klein, Friedrich* Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin-Frankfurt 1957
- Marsch, Reinhard* Der Favor Negotii im deutschen internationalen Privatrecht, Bielefeld 1976
- Martens, Klaus-Peter* Bestimmtheitsgrundsatz und Mehrheitskompetenz im Recht der Personengesellschaften, DB 1973, 413 ff.
- Maunz, Theodor* Das verfassungswidrige Gesetz, BayVBl 1980, 513 ff.

- Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtren, Bruno/Klein, Franz/Ulsamer, Gerhard* Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München Stand Sept. 1979
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert* Grundgesetz, München Stand Sept. 1981
- Maurer, Hartmut* Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen, in: Festschrift für Werner Weber, Berlin 1974, S. 345 ff.
- Mayer-Maly, Theo* Über die Teilnichtigkeit, in: Gedenkschrift für Franz Gschnitzer, Aalen 1969, S. 265 ff.
- Rechtsirrtum und Rechtsunkennntnis als Probleme des Privatrechts, AcP 170 (1970), 133 ff.
  - Der gerechte Preis, in: Festschrift für Heinrich Demelius, Wien 1973, S. 139 ff.
  - Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen, in: Festschrift für Werner Flume I, Köln 1978, S. 621 ff.
  - Wertungswandel und Privatrecht, JZ 1981, 801 ff.
- Meder, Götz* Das Prinzip der Rechtmäßigkeitsvermutung, Berlin 1970
- Medicus, Dieter* Bürgerliches Recht, 10. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1981
- Vergütungspflicht des Bewucherten?, in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, München 1973, S. 61 ff.
  - Ist Schweigen Gold? Zur Widerlegung der Rechtsvermutungen aus §§ 891, 1006 BGB, in: Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, S. 63 ff.
- Menger, Christian-Friedrich* Anm. zu BGH JZ 1960, 164, JZ 1960, 168 ff.
- Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 52 (1961), 305 ff.
- Mertens, Hans-Joachim* Persönlichkeitsrecht und Schadensersatz – BGHZ 35, 363, JuS 1962, 261 ff.
- Meyer, Hans/Borgs-Maciejenski, Hermann* Verwaltungsverfahrensgesetz, Frankfurt 1976
- Meyer-Cording, Ulrich* Umdenken nötig bei den Mobiliarsicherheiten, NJW 1979, 2127 ff.
- „Vernünftige Auslegung“ von AGB?, NJW 1981, 2338 f.
- Michel, Helmut* Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, 274 ff.
- Micklitz, Hans-W.* Anm. zu OLG Karlsruhe NJW 1981, 405 ff., NJW 1981, 407 f.
- Müller, Friedrich* Juristische Methodik, 2. Aufl., Berlin 1976
- Müller-Graff, Peter-Christian* Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1977, 245 ff.
- Müller-Henneberg, Hans/Schwartz, Gustav* (Hg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht, 3. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1972 ff.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1978 ff., mit Nachträgen, Stand März 1981
- Naendrup, Peter-Hubert* Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1966
- Niklisch, Fritz* Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre – ein einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenausfüllung?, BB 1980, 949 ff.
- Nipperdey, Hans Carl* Besprechung von Bertold Herzog: Quantitative Teilnichtigkeit, JW 1929, 570
- Anm. zu RG JW 1927, 119, JW 1927, 120
- Nolden, Wilhelm* Der Grundsatz der Restgültigkeit, Diss. Köln 1939
- Oertmann, Paul* Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Berlin 1927
- Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 1929
  - Rechtsordnung und Verkehrssitte, Leipzig 1914
- von Olshausen, Eberhard* Zivil- und wirtschaftsrechtliche Instrumente gegen überhöhte Preise, ZHR 146 (1982), 259 ff.
- Ostler, Fritz/Weidner, Jochen* Abzahlungsgesetz, 6. Aufl., Berlin-New York 1971
- Palandt, Otto* Bürgerliches Gesetzbuch, 41. Aufl., München 1982; 40. Aufl., München 1981
- Pawlowski, Hans-Martin* Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Göttingen 1966
- Allgemeiner Teil des BGB, 2 Bände, Tübingen 1972

- Pestalozza, Christian* „Noch verfassungsmäßige“ und „bloß verfassungswidrige“ Rechtslagen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz I, Tübingen 1976, S. 519ff.
- Gesetzgebung im Rechtsstaat, NJW 1981, 2081ff.
- Peters, Frank* Anm. zu AG Emden, NJW 1975, 1363, NJW 1975, 1890
- Pierer von Esch, Heinrich* Teilnichtige Rechtsgeschäfte, Köln-Berlin-Bonn-München 1968
- Pilz, Hubert* Richterliche Vertragsergänzung und Vertragsabänderung, Diss. Freiburg 1963
- Planck, Gottlieb* Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 4. Aufl., Berlin 1903
- Priester, Hans-Joachim* Anm. zu BGHZ 68, 225, DNotZ 1977, 558ff.
- Pröls, Erich* Anm. zu LG Braunschweig NJW 1954, 1573, NJW 1954, 1573f.
- Pröls, Jürgen/Martin, Anton* Versicherungsvertragsgesetz, 22. Aufl., München 1980
- Prümm, Hans Paul* „Verfassungskonforme Auslegung“ BVerfGE 35, 263, JuS 1975, 299ff.
- Radbruch, Gustav* Rechtsphilosophie, 8. Aufl., Stuttgart 1973
- Raiser, Ludwig* Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg 1961 (Neudruck der Auflage von 1935)
- Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages I, Karlsruhe 1960, S. 101ff.
- Ramm, Thilo* Abschied vom „Mätressentestament“, JZ 1970, 129ff.
- Rehbein, Dieter* Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken nach dem AGB-Gesetz, DB 1977, 1349ff.
- Reinach, Adolf* Zur Phänomenologie des Rechts, München 1953
- Reinel, Peter* Die Verbandsklage nach dem AGBG, Köln-Berlin-Bonn-München 1979
- Reinhard, Rudolf* Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, in: Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 115ff.
- Reinhard, Volker* AGB-Reform: „Es bleibt also wie bisher“, DuR 1977, 246ff.
- Reinicke, Dietrich* Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969
- Anm. zu BGHZ 52, 17, NJW 1969, 1343ff.
- Die Bewirkung der schenkweise versprochenen Leistung, NJW 1970, 1447ff.
- RGRK BGB, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 12. Aufl., Berlin-New York 1974ff.; 11. Aufl., Berlin 1959ff.
- RGRK HGB, Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., Berlin 1967ff. (zit.: Großkomm/Bearbeiter)
- Richardi, Reinhard* Anm. zu BAG AP Nr. 6 zu § 15 KSchG 1969
- Rinck, Gerd* Wirtschaftsrecht, 5. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1977
- Preisherabsetzung von Hoher Hand, AcP 152 (1952/53), 481ff.
- Roellecke, Gerd* Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, VVDStRL 34 (1976), 7ff.
- Roquette, Hermann* Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Tübingen 1966
- Rosenberg, Leo* Die Beweislast, 5. Aufl., München-Berlin 1965
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz* Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., München 1981
- Rothe, Gerhard* Lastenausgleichsklauseln im Grundstücksverkehr, DB 1963, 1527ff.
- Rühle, Klaus* Das Wucherverbot – effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?, Berlin 1978
- Rüthers, Bernd* Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl., München 1978
- Rummel, Peter* Vertragsauslegung nach der Verkehrssitte, Wien 1972
- Rupp, Hans Heinrich* Die Nichtigkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes und die Entscheidungsfunktion des Bundesverfassungsgerichts – BVerfG NJW 1963, 947, 1243, 1600, JuS 1963, 469ff.
- Rupp-von Brünneck, Wiltraut* Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt. Wechselseitiges Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Parlament, AÖR 102 (1977), 1ff.
- Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, in: Festschrift für Gerhard Müller, Tübingen 1970, S. 355ff.

- Ruth, Rudolf* Besprechung von Bertold Herzog: Quantitative Teilnichtigkeit, AcP 128 (1928), 234 ff.
- Sack, Rolf* Der rechtswidrige Arbeitsvertrag, RdA 1975, 171 ff.
- Sambuc, Thomas* Unklarheitenregelung und enge Auslegung von AGB, NJW 1981, 313 ff.
- Sandrock, Otto* Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, Köln-Opladen 1966
- Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften, AcP 159 (1960/61), 481 ff.
- Schack, Friedrich* Die verfassungskonforme Auslegung, JuS 1961, 269 ff.
- Schaub, Günter* Arbeitsrechtshandbuch, 4. Aufl., München 1980
- Schefold, Dian/Leske, Klaus-Rüdiger* Hochschulvorschriftengesetz: verfassungswidrig – aber nicht nichtig, NJW 1973, 1297 ff.
- Scherner, Karl Otto* Globalzession, verlängerter Eigentumsvorbehalt und vertikale Forderungsaufteilung, BB 1968, 1267 ff.
- Schickedanz, Erich* Anm. zu AG Emden, NJW 1975, 1363, NJW 1975, 1890 f.
- Schlegelberger, Franz* Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., München 1973 ff.
- Schlosser, Peter/Coester-Waltjen, Dagmar/Graba, Hans-Ulrich* Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1977
- Schmidt, Eike* Teil- oder Totalnichtigkeit angreifbarer Klauseln?, JA 1980, 401 ff.
- Schmidt, Karsten* Proviant für die „Albatros“ oder: Positive Vertragsverletzung als Seerechtsproblem? – KG, OLGZ 1976, 226, JuS 1977, 722 ff.
- Factoring-Globalzession und verlängerter Eigentumsvorbehalt, DB 1977, 65 ff.
- Schmidt-Futterer, Wolfgang* Miete und Pacht, 3. Aufl., München 1977
- Die neuen Vorschriften über Mietwucher in straf- und zivilrechtlicher Sicht, JR 1972, 133 ff.
- Schmidt-Futterer, Wolfgang/Blank, Hubert* Wohnraumschutzgesetze, 3. Aufl., München 1979
- Schmidt-Rimpler, Walter* Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130 ff.
- Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, München-Berlin 1955, S. 1 ff.
- Schmidt-Salzer, Joachim* Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2. Aufl., München 1977
- Vorkonstitutionelle Gesetze, verfassungskonforme Auslegung und ungeschriebene unbestimmte Rechtsbegriffe, DÖV 1969, 97 ff.
- Anm. zu BGH NJW 1971, 1034, NJW 1971, 1034
- Schmitt, Carl* Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, 2. Band, Tübingen 1932, S. 572 ff.
- Schneider, Hans-Peter* Die Gesetzmäßigkeit der Rechtsprechung, DÖV 1975, 443 ff.
- Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, NJW 1980, 2103 ff.
- Schneider, Peter* In dubio pro libertate, in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages II, Karlsruhe 1960, S. 263 ff.
- Schneider, Tilmann* Die Beherbergung von Verlobten, WuM 1975, 221 f.
- Schulien, Peter* Anm. zu LG Aachen, NJW 1963, 1252, NJW 1963, 1978 f.
- Schuppert, Gunnar-Folke* Zur Nachprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das Bundesverfassungsgericht, AöR 103 (1978), 43 ff.
- Sebba, Julius* Bedeutung und Wirksamkeit autonomer Vertragsbedingungen im Verkehrsrecht, Leipzig 1931
- Seetzen, Uwe* Der Prognosespielraum des Gesetzgebers, NJW 1975, 429 ff.
- Bindungswirkung und Grenzen der verfassungskonformen Gesetzesauslegung, NJW 1976, 1997 ff.
- Seiler, Hans Hermann* Utile per inutile non vitiatur, in: Festschrift für Max Kaser, München 1976, S. 127 ff.
- Serick, Rolf* Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Band IV, Heidelberg 1976

- Siller, Robert Die Konversion (§ 140 BGB), AcP 138 (1934), 144 ff.
- Simon, Helmut Die verfassungskonforme Gesetzesauslegung, EuGRZ 1974, 85 ff.
- Skouris, Wassilios Teilnichtigkeit von Gesetzen, Berlin 1973
- Anm. zu BayVGHBayVBl 1977, 246, DVBl 1977, 396 f.
- Söllner, Alfred Einseitige Leistungsbestimmungen im Arbeitsverhältnis, Wiesbaden-Mainz 1966
- Anm. zu BAG AP Nr. 9 zu § 611 (Fleischbeschauerdienstverhältnis)
- Soergel, Hans Theodor Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978 ff.
- Soergel, Hans Theodor/Siebert, Wolfgang Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
- Sonnenberger, Hans-Jürgen Verkehrssitten im Schuldvertrag, München 1970
- Sonnenschein, Jürgen Inhaltskontrolle von Formularmietverträgen, NJW 1980, 1713 ff.
- Spanner, Hans Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 91 (1966), 503 ff.
- Speckmann, Werner Zur Frage der Teilnichtigkeit einer sittenwidrigen testamentarischen Zuwendung, JZ 1970, 401 ff.
- Nochmals: Testierfreiheit und Nichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit des „Geliebtentestaments“, NJW 1971, 924 ff.
- Spiro, Karl Können übermäßige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, ZBJV 88 (1952), 460 ff.
- Stammler, Rudolf Der Garantievertrag, AcP 69 (1886), 1 ff.
- von Staudinger, Julius Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl., Berlin 1978 ff.; 11. Aufl., Berlin 1957 ff.
- Steffen, Erich Neues vom Bundesgerichtshof zum „Geliebtentestament“, DRiZ 1970, 347 ff.
- Stein, Axel Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1977
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Aufl., Tübingen 1977 ff.; 19. Aufl., Tübingen 1972 ff.
- Steindorff, Ernst Teilnichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1971, S. 177 ff.
- Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: Festschrift für Karl Larenz, München 1973, S. 217 ff.
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz/Leonhardt, Klaus Verwaltungsverfahrensgesetz, München 1978
- Stern, Klaus Anm. zu BVerfGE 8, 28, NJW 1958, 1435
- Sternel, Tiedemann Mietrecht, 2. Aufl., Köln 1979
- Stober, Rolf Zur Teilnichtigkeit im öffentlichen Recht, JA 1979, 416 ff.
- Studienkommentar zum BGB, 2. Aufl., Frankfurt 1979
- Tammelo, Ilmar Rechtslogik und materielle Gerechtigkeit, Frankfurt 1971
- Teichmann, Arndt Die Gesetzesumgehung, Göttingen 1962
- Thiele, Wolfgang Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 649 ff.
- Thielmann, Georg Sittenwidrige Verfügungen von Todes wegen, Berlin 1973
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans Zivilprozeßordnung, 11. Aufl., München 1981
- Thümmel, Hans/Oldenburger, Werner Fällt die AGB-Klausel „Soweit gesetzlich zulässig“ unter die Unklarheitenregelung des AGBG?, BB 1979, 1067 ff.
- Tiedau, Erwin Gesellschaftsrecht und Erbrecht, MDR 1978, 353 ff.
- Titze, Heinrich Die Lehre vom Mißverständnis, Berlin 1910
- Trinkner, Reinhold Vorschlag einer Generalklausel zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, DB 1973, 1502 f.
- von Tuhr, Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2 Bände, Berlin 1957 (Nachdruck der 1. Aufl. 1914)



- Ulmer, Peter Zur Gesellschafternachefolge im Todesfall, BB 1977, 805 ff.
- Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – gesicherter Bestand des Gesellschaftsrechts oder methodischer Irrweg?, in: Festschrift für Werner Flume II, Köln 1978, S. 301 ff.
  - Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln?, NJW 1981, 2025 ff.
  - Der Kaufpreis für Neuwagen bei Unwirksamkeit der Tagespreisklausel, BB 1982, 1125 ff.
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Dieter AGB-Gesetz, 3. Aufl., Köln 1978
- Ulsamer, Gerhard Zulässigkeitsvoraussetzungen des konkreten Normenkontrollverfahrens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, BayVBl 1980, 519 ff.
- Wagner, Heinz Wiederaufnahme bei rechtskräftiger Zweitverurteilung von Ersatzdienstverweigerern – LG Hannover, NJW 1970, 288, JuS 1970, 380 ff.
- Wank, Rolf Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, Berlin 1978
- Die Verflechtung des Maklers mit einer Vertragspartei, NJW 1979, 190 ff.
  - Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung durch die Fachgerichte, JuS 1980, 545 ff.
- Weber, Wilhelm Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 1967
- Weidner, Jochen Die Vertragsurkunde bei Abzahlungsgeschäften, NJW 1970, 1779 f.
- Weimar, Wilhelm Der Mietwucher in seinen zivilrechtlichen Folgen, DB 1963, 439 ff.
- Der Mietwucher bei Wohn- und Geschäftsräumen, ZMR 1963, 193 ff.
- Wenk Besprechung von Berthold Herzog: Quantitative Teilnichtigkeit, DRiZ 1928, 102
- Westermann, Harry Anm. zu BGH NJW 1963, 339, JZ 1963, 368 f.
- Zur Problematik der „salvatorischen“ Klauseln, in: Festschrift für Philipp Möhring, München 1975, S. 135 ff.
  - Handbuch der Personengesellschaften, Band 2, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Köln 1978, Stand Juni 1981
- von Westphalen, Friedrich Graf Eigenschaftszusicherungen – Haftungsbegrenzungen und Haftungsfreizeichnungen in kaufmännischen AGB-Klauseln, DB 1978, 2061 ff.
- Produkthaftung – Haftungsfreizeichnung und Haftungsfreistellung nach dem AGB-Gesetz, NJW 1979, 838 ff.
  - Die AGB der Privatbanken im Licht der jüngsten Judikatur und Literatur, WM 1980, 1406 ff.
  - Anm. zu BGH ZIP 1980, 984, ZIP 1980, 987 ff.
- Wieacker, Franz Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, JZ 1967, 385 ff.
- Wieling, Hans Die Bedeutung der Regel „falsa demonstratio non nocet“ im Vertragsrecht, AcP 172 (1972), 297 ff.
- Falsa demonstratio non nocet, Jura 1979, 524 ff.
- Wiese, Günther Beendigung und Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag I, München-Berlin 1965, S. 837 ff.
- Wiesner, Georg Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft, Heidelberg 1980
- Willenbruch, K. Fällt die AGB-Klausel „Soweit gesetzlich zulässig“ unter die Unklarheitenregelung des AGBG?, BB 1981, 1976 ff.
- Wochner, Manfred Anm. zu BVerfGE 51, 91, NJW 1979, 2509 f.
- Wolf, Ernst Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1982
- Wolf, Manfred Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970
- Die Privatautonomie, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, München 1974, S. 19 ff.
  - Rechtsgeschäftslehre, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, München 1974, S. 59 ff.
  - Gesetz und Richterrecht bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, JZ 1974, 465 ff.
  - Inhaltskontrolle von Sicherungsgeschäften, in: Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, S. 147 ff.
- Wolff, Hans Julius/Bachof, Otto Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974

*Zeiss, Walter* Die Umdeutung einer formnichtigen Bürgschaft in einen Kreditvertrag, WM 1963, 906 ff.

*Zeller, Anton* Bierlieferungsrecht, Nürnberg 1977

*Zimmermann, Reinhard* Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, Berlin 1979

*Zippelius, Reinhold* Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, Tübingen 1976, S. 108 ff.

## Sachregister

Zitiert wird nach Seiten; Hauptfundstellen sind kursiv gesetzt.

- Abdingung „soweit gesetzlich zulässig“ 75, 204ff.
- Abgeordneter 80, 177, 183 Fn. 77
- Abschlußfreiheit s. Privatautonomie
- Abzahlungsgesetz 173, 188, 190
  - Verfallklausel 76f., 170
- Adressat des Verbotsgesetzes 84ff., 149
- Äquivalenz 89, 111, 113f., 122, 148, 154, 157f., 179ff., 188, 191, 195ff.
- AGB 7, 8, 36ff., 43ff., 51ff., 57ff., 63ff., 68ff., 71ff., 74ff., 78, 87, 89, 122, 126, 138 Fn. 40, 150, 170, 176, 182, 185, 190f., 200ff., 204, 205, 213
  - abstraktes Verfahren 7 Fn. 7, 45, 49, 51, 71ff., 73 Fn. 62, 74ff., 95, 126, 138 Fn. 40, 176, 190, 204, 205, 206, 210
  - der Banken 45f., 47 Fn. 116, 58 Fn. 188, 205f.
  - Berufung s. Verstoß gegen Treu und Glauben
  - Einbeziehungsvoraussetzung 43
  - ergänzende Auslegung 57ff., 67f., 69, 71, 80 Fn. 102, 203
  - geltungsvermeidende Auslegung 7 Fn. 27, 26 Fn. 11, 27 Fn. 27, 50, 52, 138 Fn. 40
  - Inhaltskontrolle 7 Fn. 7, 43, 44, 45, 47, 49f., 59, 60, 63ff., 87ff., 132f., 206
  - interessengerechte Auslegung 47 Fn. 116
  - Klauselbegriff materieller 66, 67 Fn. 23
  - Klauseln geteilte 66f.
  - Klauseln teilbare 67
  - Leitbild des dispositiven Rechts 8, 43
  - objektive Auslegung 45, 51
  - Rechtsmißbrauchseinwand 59, 60; s. auch dort
  - Reduktion s. Teilnichtigkeit, restriktive Auslegung
  - restriktive Auslegung 34, 46ff., 70, 128, 201f., 210
  - salvatorische Klauseln s. dort
  - Teilnichtigkeit 7, 46, 47, 58, 64ff., 68ff., 71, 75, 87ff., 129 Fn. 25, 200ff.
  - Totalnichtigkeit 46, 47, 50, 58, 59f., 62, 63ff., 68, 69, 71f., 75, 122, 167
  - überraschende Klauseln 43ff., 52 Fn. 145
  - Unklarheitenregel 51ff.
  - Unterwerfungswille 43 Fn. 88, 52f., 172 Fn. 22
  - Verständlichkeitsgebot 67, 200ff.
  - Verstoß gegen Treu und Glauben 34, 70
  - Zweck des AGBG 66, 67, 72, 73
- Analogieverbot 27 Fn. 20
- Andeutungstheorie 2 Fn. 10, 145 Fn. 1, 146
- Anfechtung 134, 146 Fn. 9, 191ff.
  - im Konkurs 8 Fn. 8, 42, 187
- Ankaufsverpflichtung 104ff.
- Anwalt 61, 90, 103
- Appellentscheidung 22
- Arbeitnehmerschutz 80f., 90, 126, 127, 128 Fn. 1, 136, 140, 157, 169, 171, 175, 176, 186
- Arbeitsvertrag
  - fehlerhafter 80 Fn. 104, 86, 103, 121 Fn. 37, 127ff., 214 Fn. 90
  - mit Minderjährigen 84
  - wucherischer 103, 127f.
  - und zwingendes Recht 80, 90, 137, 213
- Aufrechterhaltung s. Auslegung, Teilnichtigkeit, Umdeutung, Vermutung
- Auslegung
  - „eindeutige Willenserklärung“ 7 Fn. 1, 47, 139f.
  - ergänzende 32, 34, 39f., 47, 53ff., 57ff., 71, 115, 118, 137, 141f., 158ff., 177, 180, 192, 203
  - erläuternde 31ff., 34, 76f., 104, 116 Fn. 2, 117, 122, 125, 130, 132ff., 142, 161f., 164, 195, 197
  - geltungserhaltende s. gesetzeskonforme
  - geltungsvermeidende s. AGB
  - gesetzeskonforme 2ff., 14, 15, 16, 21, 24, 25, 28f., 31ff., 35, 37, 38f., 42, 43ff., 46ff., 51, 53ff., 56, 69, 104, 108, 116, 119, 126, 132ff., 155, 169, 175, 202
  - gesetzesorientierte 3
  - Globalzession 36ff., 38, 70
  - grammatikalische 139f.
  - historische 141ff., 149
  - interessenorientierte 47 Fn. 116, 166
  - und Kontrolle 25ff., 45, 47, 50, 59, 67, 132ff., 138 Fn. 40, 145, 166ff.
  - logisch-systematische 26, 140, 149
  - und Lücke 160f., 166

- nichtigkeitsvermeidende s. gesetzeskonforme
- objektive 45, 51
- und objektives Recht 28, 44, 132ff., 188, 194
- Perplexität 137
- restriktive 33f., 39, 40, 46ff., 48, 49, 67, 70, 104 Fn. 127, 133, 167 Fn. 14, 201, 208
- sittenkonforme s. gesetzeskonforme
- teleologische 26, 75, 140f., 149
- und Teilnichtigkeit 4f., 66
- von Testamenten 32
- und Umdeutung 32, 116ff., 154ff.
- verfassungskonforme 1, 5, 9ff., 23f., 25f., 66, 143 Fn. 73, 198
- verfassungsorientierte 2f., 15f., 25f.
- verfassungswidrig 6
- „vernünftige“ 38f.
- wohlwollende 32, 156
- Auslegungsmethoden 18, 139ff.
- Auslegungsregeln 32, 43, 134, 137, 138, 151f.
- Autorität des Gesetzes/Gesetzgebers 12, 14, 17ff., 19ff., 25f., 133
- Bedingung auflösende 189
- begünstigende Klausel 110f., 179, 195
- Bereicherungsrecht 77 Fn. 87, 85 Fn. 141, 96f., 125ff., 172, 175; s. auch Leistung im Sinne des § 817 Satz 2 BGB
- Berufung auf eine formale Rechtsstellung 59f., 69, 70; s. auch Treu und Glauben
- Bestandskraft 13f.
- Bestimmbarkeit 41f.; s. auch Globalzession
- Bestimmungsrecht 209, 213, 215f.
- Beweislast 18, 138, 161 Fn. 14
- Bierlieferung s. Bindungsdauer
- Bindungsdauer 56, 61 Fn. 11, 76 Fn. 82, 104ff., 108ff., 126 Fn. 10, 128, 129 Fn. 28, 133 Fn. 7, 141, 148, 175, 181, 215
- „Bösgläubigkeit“ 12, 42, 61 Fn. 12, 64f., 68, 69, 81, 82, 86, 88 Fn. 3, 94, 111f., 121f., 127, 128, 129f., 167, 178f., 183ff., 190, 191, 194, 204 Fn. 45, 211
- Bordellpacht 171 Fn. 11
- c. i. c. 77 Fn. 87; s. auch Vertrauenshaftung, Schutzverhältnis
- Darlehen 100; s. auch Kreditwucher, Wucher
- Dauerschuldverhältnis 86f., 99f., 108ff., 141, 143
- Leistungsbegriff 99f.
- Erfüllung 99f.
- Dispositives Recht 8, 25, 43, 44, 58, 66, 134ff., 160, 183, 200, 202
- und ergänzende Auslegung 160f., 200
- Ersatz nichtiger AGB 58, 200
- Dissens s. Einigungsmangel
- Eigentumsvorbehalt verlängerter 36ff.; s. auch Globalzession
- Einheit der Rechtsordnung 15f., 17f., 26
- Einigungsmangel 110 Fn. 20, 213
- Einseitiges Rechtsgeschäft 114, 120f., 186
- Einziehungsermächtigung 39
- Entscheidungsprärogative s. Konkretisierungsprimat
- Erbbaurecht 33 Fn. 16, 61, 104ff., 118 Fn. 19, 120 Fn. 33, 164ff., 206ff.
- Erbrecht 33, 94, 142, 155, 165, 177
- Erfüllung 99
- einseitige 111, 170 Fn. 8, 173f.
- Ergänzung durch Gesetz 74, 81, 131, 197f., 213
- „Ergänzungsabrede“ 131
- Ermessensspielraum des Gesetzgebers 12, 19ff., 21 Fn. 86
- Erschließungsfunktion
- von Auslegungsregeln 134
- des dispositiven Rechts 134
- der Verfassung 25ff.
- des zwingenden Rechts 133ff.
- Ersetzungsklauseln s. salvatorische Klauseln
- Erweiterung des Vertrages 114, 123, 180
- Evidenz des Verfassungsverstößes 12
- Factoring 36 Fn. 44, 37, 39, 40 Fn. 60, Fn. 67, 58 Fn. 188
- falsa demonstratio 7 Fn. 1, 38 Fn. 53, 133, 145f., 154, 196
- Fehler des Gesetzgebers 201
- Fluchthelfer 68
- Form 34f., 145f., 146 Fn. 12, 170f., 173f., 196
- Freizeichnung 47, 48, 51, 64 Fn. 7, 65, 71, 72, 76, 140, 148, 175f., 179, 182, 189, 191, 200, 205
- Gemeinde 34, 85f., 116
- Generalprävention s. Prävention
- Gericht s. Vertragsgestaltung
- Gesamtzusammenhang des Vertrages 159ff., 203, 210
- Geschäftsgrundlage 183, 200
- Gesellschaftsrecht 33f., 83f., 86, 110 Fn. 19, 115 Fn. 59, 117, 137, 195

- Gesetzgebungsverfahren 13  
 gesetzliches Verbot s. Verbotsgesetz, zwingendes Recht  
 Gestaltungsspielraum s. Ermessen  
 Gewährleistung eines Mindeststandards s. zwingendes Recht  
 Gleichheitssatz 19, 21, 23  
 Gleitklauseln 54 ff.  
 Globalzession 36 ff., 117, 177, 207  
 – horizontale Teilung 39 ff.  
 – vertikale Teilung 39 ff., 47 Fn. 116  
 GoA 84  
 Gratifikation 76 Fn. 82  
 „Grundabrede“ 131  
 Gute Sitten s. Sittenwidrigkeit
- Härte unzumutbare s. Zumutbarkeit  
 Handelsvertreter 77 f., 176 f.  
 Handlungsgehilfe 77 f., 176 f.  
 Hauptpflicht 61, 80 ff., 90 ff., 127, 148, 175, 188, 211 ff.  
 Hermeneutik 25 f., 139  
 Hinweispflicht 65, 74, 170, 201, 209  
 Höchstpreisvorschriften 81 ff., 108, 112, 128, 148, 149, 172, 175, 181, 184, 185 Fn. 92, 186, 193, 194, 212, 213
- Individualwucher 101 f.  
 Informationspflicht des Verwenders 179  
 Inhaltsfreiheit 188 Fn. 3  
 Inhaltskontrolle s. AGB  
 Inhaltsnormen 136, 170  
 Institutionelle Schranken 39, 40, 59 ff., 130 f., 164 ff., 206 f., 208  
 – und Verbotsgesetz 62, 207  
 Integritätsinteresse 172  
 irrelevante Klausel 111, 179, 195  
 iustum pretium 211 ff.
- Karenzentschädigung 77 f., 176 f.  
 Kausalzusammenhang 65 f., 125 Fn. 1  
 Klauseln s. AGB  
 Kollisionsrecht 34 f.  
 Konkretisierungsprimat 14, 18, 19 ff., 22, 28, 138, 198  
 – und „unmittelbar geltendes Verfassungsrecht“ 19  
 Konkurrenzverbot 3 f., 105 Fn. 130, 210; s. auch Karenzentschädigung  
 Konkurs s. Anfechtung  
 Konservierendes Prinzip 9, 10, 14, 15, 21, 25, 26
- Kontrollfunktion  
 – der Verfassung 25, 27  
 – des zwingenden Rechts 133  
 Konversion s. Umdeutung  
 Konversionsklauseln 123 f., 209 Fn. 76  
 Kreditwucher 7, 94 ff., 101, 126  
 Kündigung 21, 104, 120, 121 Fn. 37, 180
- Leasing 47 Fn. 116, 58 Fn. 188  
 Leistung im Sinne des § 817 Satz 2 BGB 96 ff., 99 f., 102, 126, 127  
 Leistungsvorbehalt 54 ff.  
 letztwillige Verfügung s. Testament  
 Lohnfortzahlung s. Arbeitnehmerschutz  
 Lohnwucher 103, 127 f.  
 Lücke 110, 153, 159 ff., 166, 172, 214  
 – Vermeidung 21 ff., 135, 172
- Märessentestament 7, 91 ff., 142, 212  
 Makler 56, 63  
 Marktpreis 215  
 Mehrwertsteuer 33  
 Minderjährige 83 f., 108 ff., 141  
 Mietwucher 101 ff., 126, 175  
 Mindeststandard s. zwingendes Recht  
 Moderationsrecht des Richters s. Vertragsgestaltung richterliche  
 Monopol 88, 90 Fn. 17  
 Motive des BGB 3 Fn. 5, 149
- Nachforderung 114, 182  
 Nebenpflicht 59, 63 ff., 79 f., 87 f., 127, 148, 174 f., 186, 200 ff.  
 Nichtigkeitsnorm bestimmende 136 Fn. 28  
 Nießbrauch 116, 155 Fn. 1  
 non liquet 11, 153 f.  
 Normenkontrolle s. Auslegung verfassungskonforme  
 nullum crimen sine lege 22  
 Nutzungsmöglichkeit 97 ff.
- Ordnungsvorschrift 2  
 ordre public 103 f.
- Parteiwille s. Wille  
 Perplexität 137  
 Politik des Gesetzes 75, 129, 185 f., 204  
 Postassistentenfall 31 Fn. 1, 33 Fn. 16, 109 Fn. 12  
 Prävention 41, 63 f., 66, 67, 68, 70, 71, 73, 74, 89, 94, 105, 129, 148, 183 ff., 200 f., 202, 209, 211

- Preisstoppverordnung s. Höchstpreisvorschriften
- Privatautonomie 21, 29, 143f., 152f., 187ff., 193f., 211f., 213
- Prognoseentscheidung des Gesetzgebers 11 pVV 55, 186
- Rechtlosstellung 24, 78, 98, 137; s. auch Schutzcharakter der Norm
- Rechtsausübung unzulässige 40, 59ff., 69, 70, 165, 167; s. auch Treu und Glauben
- Rechtsfolgenirrtum 192ff.
- Rechtsfortbildung 2, 18, 19, 27, 28, 36, 77, 143 Fn. 73, 144, 146f.
- Rechtsmittelbelehrung 55
- Rechtssicherheit 14, 22, 24
- Rechtsvermutung 13, 138, 147, 152
- Redlichkeit vermutete 137
- Reduktion 4ff., 18, 20, 21, 33, 38, 66, 67, 83f., 86, 91, 92, 104 Fn. 126, 105f., 118, 122, 128, 130, 173, 180, 183, 198; s. auch Auslegung
- Ausmaß 103, 104, 107, 128 Fn. 22, 130, 174, 181, 199, 207, 210, 212, 214f.
- Regelungskompetenz
- des Gesetzgebers s. Konkretisierungsprimat
- des Richters s. Vertragsgestaltung
- Restriktion s. Reduktion
- Reuerecht 113, 179
- Revision 6 Fn. 24, 10
- Richtigkeitschance 18, 143 Fn. 75, 172
- Richtigkeitsgewähr
- des Gesetzes 18
- des Rechtsgeschäfts 143 Fn. 75
- Richtung des Verbotsgesetzes 84ff.
- Risiko der Nichtigkeit s. Prävention
- Rückwirkung von Gesetzen 22
- Sachmängelgewährleistung 121 Fn. 13, 172, 193, 207
- Salvatorische Klauseln 38, 39 Fn. 13, 41, 53, 54 Fn. 161, 68, 75, 109 Fn. 11, 114f., 123, 188f., 197, 201ff., 205, 206, 207, 209; s. auch Konversionsklauseln
- Scheingeschäft 195
- Schranken institutionelle s. institutionelle Schranken
- Schrankennormen 136, 170
- Schuldverhältnis gespaltenes 83f.
- Schutz eines Partners 24, 25, 29, 79, 97, 100, 101, 103, 105, 111, 123, 124, 126, 127, 128, 131, 136, 137, 172, 174, 182f.
- Schutzverhältnis einheitliches 172, 189
- Schutzzweck des Gesetzes 24, 25, 51, 66, 77, 79ff., 81, 82, 85, 89, 90 Fn. 23, 96, 102, 109 Fn. 13, 112, 115, 128f., 142, 148, 151, 152, 153, 156, 169, 171ff., 176f., 178, 189, 192, 198, 209, 211ff.
- Sittenwidrigkeit 4, 7, 36, 37ff., 47 Fn. 116, 61 Fn. 11, 82, 87ff., 94ff., 103ff., 107, 114, 125, 130, 147, 149ff., 156, 178, 181, 211f.
- Gegenschluß zu § 134 Halbsatz 2 BGB 82 Fn. 120, 89, 102, 150ff.
- „Subsidiarität“ gegenüber § 134 Halbsatz 2 BGB 102, 151
- Sozialwucher 101f.
- Strafgedanke 70, 71, 73, 76, 97, 100, 106, 121 Fn. 37, 126, 127, 128, 138, 148, 151, 186f., 209, 211; s. auch Prävention
- Substitutionsnorm 136 Fn. 28
- Surrogation 39
- Teilbarkeit 66, 67, 88, 92, 108, 109 Fn. 13, 113, 126, 127, 148
- Teilnichtigkeit 4, 6 Fn. 24, 7, 9, 23f., 28, 31, 37, 39, 42, 43, 47 Fn. 116, 50, 54, 59, 64f., 66, 69ff., 71, 75ff., 85, 87f., 89ff., 94ff., 103, 104ff., 108, 112, 114, 116, 126, 128, 130, 131, 133, 145ff., 154, 157, 163, 165, 169f., 171ff., 177, 192, 201ff.; s. auch Totalnichtigkeit, Auslegung
- personale 64 Fn. 2, 83f.
- Teilnichtigkeitsklauseln s. salvatorische Klauseln
- Testierfreiheit 94
- Totalnichtigkeit 4f., 38, 39, 40, 41, 43, 50, 54, 58, 63f., 71f., 75, 82f., 89, 94, 95, 114, 125ff., 149, 171, 177ff., 191, 199
- Totalnichtigkeitsklauseln 189ff., 194
- Transparenz 53, 56, 57, 64 Fn. 2, 65, 68, 69, 73f., 75, 78f., 88, 89, 93, 103, 122, 138, 151 Fn. 40, 152, 167, 173 Fn. 23, 197ff., 201, 203, 209
- Treu und Glauben 28, 34, 35, 40, 47 Fn. 116, 52 Fn. 145, 56, 57, 59ff., 85 Fn. 141, 90 Fn. 23, 113, 122, 126, 139, 161, 163, 164ff., 167
- überraschende Klauseln 43ff.; s. auch AGB
- Umdeutung 32, 92 Fn. 33, 105 Fn. 29, 109 Fn. 11, 115ff., 118, 125, 154ff., 163, 171, 180, 197
- Ablehnung der U. 120ff.
- und Auslegung 116ff., 118 Fn. 19, 155f., 163

- von gesetzwidrigen Rechtsgeschäften 37 Fn. 51, 120, 154f.
- von sittenwidrigen Rechtsgeschäften 121, 156
- und Teilnichtigkeit 119, 156ff.
- Zeitpunkt
- Umgehung 67, 68, 189ff., 202
- Unklarheit 51f., 201, 208, 209
- „unmittelbare“ Geltung des Verfassungsrechts 19 Fn. 74, 27, 28
- Unmöglichkeit 8 Fn. 8, 86f.
- Unwirksamkeit schwebende 54ff.
- Verarbeitungsvorbehalt 42
- Verbot gesetzwidriger ergänzender Auslegung 35f.
- Verbotsgesetz 4, 8, 63ff., 84ff., 101, 145ff.; s. auch Schutzzweck des Gesetzes
- Verein 110 Fn. 20, 196
- Verfassungswidrigkeit 12, 22, 23
- Verfügung letztwillige s. Testament
- Vergütungspflicht des Bewucherten 97, 125, 126 Fn. 10, 184, 185, 214ff.
- Verhältnismäßigkeit 41, 65, 70, 86, 94, 185
- Verleitung zum Vertragsbruch 36ff., 177
- Verlobte 36
- Vermutung
  - der Ordnungsmäßigkeit des Gesetzgebungsverfahrens 13
  - der „Rechtmäßigkeit eines Rechtsgeschäfts“ 138, 143
  - der Totalnichtigkeit (§ 139 BGB) 3, 21, 35, 37, 38, 40, 41, 42, 53, 54, 55, 65, 78ff., 81, 82, 85, 90, 91, 94 Fn. 52, 102f., 104f., 106, 107ff., 115, 118 Fn. 19, 122, 126, 147ff., 151ff., 178, 179ff., 192, 194ff.
  - „Umkehrung des § 139 BGB“ 110ff., 127 Fn. 17
  - unwiderlegliche 12
  - der Verfassungsmäßigkeit 10ff., 138
- Versicherungstarife 81, 82 Fn. 121, 184f.
- Verträge verbundene 175f.
- Vertragsänderung Mitwirkungspflicht 54ff.
- Vertragsergänzung s. Auslegung ergänzende, Umdeutung
- Vertragsgestaltung richterliche 39, 54, 56, 57, 62, 97, 105, 114, 129, 150, 188, 192, 197ff., 207, 215, 217
- Verbot 57f., 64, 87f., 97, 105, 129, 162, 201, 202, 205 Fn. 53, 208, 209, 210, 211, 212, 216f.
- Vertragskorrektur 151 Fn. 43; s. auch Vertragsgestaltung richterliche
- Vertragsstrafe 62f.; s. auch institutionelle Schranken
- Vertrauen 128
- Vertrauenshaftung 103 Fn. 123, 127ff., 172, 175
- Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts 2, 4 Fn. 12, 5, 6, 27, 28, 29
- Verzug 95
- Vollzug einseitiger 128, 173f.
- Vorrang des Gesetzes 19
- Wahlrecht 111, 113
  - des Bewucherten 179
  - des Kunden 200
- Wahrscheinlichkeit der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes 10f., 14
- Wertung 32, 35, 41, 87, 94, 112f., 115, 139, 144, 153, 156, 162, 165f., 167
- Wertsicherungsklauseln 54ff., 71, 115 Fn. 63, 118 Fn. 19
- Wettbewerbsverbot 33, 79, 140, 194; s. auch Karenzentschädigung
- Wille 35, 38, 41, 42, 45, 64 Fn. 2, 76, 131, 135, 145, 186, 187ff., 191f., 194f.
  - Beachtlichkeit 189, 193f.
  - hypothetischer 42, 56, 79, 85 Fn. 141, 87, 103, 106, 107, 110, 112ff., 115, 122ff., 127 Fn. 17, 130, 131, 142, 156, 158, 162ff., 182f., 196, 198, 211
  - realer 107, 108, 112, 114, 115, 116, 123f., 152, 153, 162, 171
- Willenserklärung 133ff., 181; s. auch Wille
- Wortlaut 34, 38, 42, 48, 51, 57, 70, 76, 81, 87, 117, 148, 149, 154 Fn. 70, 161 Fn. 14, 167 Fn. 14, 169f., 177, 196, 197
- als Grenze der Auslegung 4 Fn. 10, 35, 47, 48, 133, 139f., 145ff., 154ff., 161, 167 Fn. 14; s. auch Auslegung „eindeutige Willenserklärung“
- Wucher 87, 88, 94ff., 125ff., 148, 179, 188, 214; s. auch Arbeitsverhältnisse wucherische, Kreditwucher, Mietwucher, Vergütungspflicht
- Zeitpunkt relevanter für Auslegung 141ff., 164, 166
- Zumutbarkeit 45, 52, 78, 83, 87, 89, 138, 153, 156, 173, 177ff., 189, 190, 191
- Zweck
  - des Gesetzes 20, 27 Fn. 20, 63, 86, 169ff.; s. auch Schutzzweck des Gesetzes
  - der Nichtigkeitsnorm 79ff., 107f.; s. auch Schutzzweck des Gesetzes

- wirtschaftlicher 35, 54, 113, 119, 122, 140, 141, 146, 154, 177, 196
- Zwingendes Recht 8, 21, 133ff., 138, 144, 147, 197
- und Anfechtung 192ff.
- Erschließungsfunktion 133ff.
- Geltungsanspruch 138, 169ff., 171ff., 173, 174, 185, 192 Fn. 27, 193 Fn. 34, 198
- Gewährleistung 24, 127, 140, 174
- Kollision mit Privatautonomie 21, 187ff.
- Kontrollfunktion 133



## Lebenslauf

Ich wurde am 9. Juli 1951 in München als Sohn des damaligen Kammerstenographen beim Bayerischen Landtag Dr. Anton Hager und seiner Ehefrau Katharina, geb. Jobst, geboren. Ab 1957 besuchte ich vier Jahre die Volksschule am Mariahilfplatz in München, anschließend das Wilhelmsgymnasium in München. Dort legte ich 1970 die Reifeprüfung ab. Vom Wintersemester 1970/71 bis zum Sommersemester 1973 studierte ich Volkswirtschaftslehre an der Ludwig-Maximilians-Universität in München, ab dem Wintersemester 1971/72 auch Rechtswissenschaft. Am 5. Dezember 1975 bestand ich in München die erste Juristische Staatsprüfung. Vom März 1976 bis September 1978 war ich Rechtsreferendar beim Oberlandesgericht München und bei der Regierung von Oberbayern. Am 8. September 1978 legte ich in München die zweite Juristische Staatsprüfung ab. Ab 20. September 1978 bis 30. September 1982 war ich als Verwalter der Dienstgeschäfte eines wissenschaftlichen Assistenten am Institut für Bürgerliches Recht und Zivilprozeßrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München angestellt. Mit Wirkung vom 1. Oktober 1982 wurde ich zum Akademischen Rat a. Z. an diesem Institut ernannt.

Johannes Hager